

MASTER'S THESIS

Het vergoeden van het onvergoedbare

Een rechtsvergelijkend onderzoek tussen het Nederlandse recht en het Franse, Engelse en Duitse recht omtrent de vergoeding van immateriële schade aan naasten van ernstig gewonden en nabestaanden

Koerts, L.

Award date:
2019

Awarding institution:
Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 05. May. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



Het vergoeden van het onvergoedbare

Een rechtsvergelijkend onderzoek tussen het Nederlandse recht en het Franse, Engelse en Duitse recht omtrent de vergoeding van immateriële schade aan naasten van ernstig gewonden en nabestaanden

Faculteit Rechtswetenschappen Open Universiteit

Master Rechtsgeleerdheid, profiel privaatrecht

Naam: L.J. (Laura) Koerts

Studentnummer: 851764233

Begeleider: dhr. mr. J.J. Ebbinga

Examinator: dhr. prof. mr. J.G.J. Rinkes

Aantal woorden: 14.393

Datum: 27 oktober 2019

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	3
1.1 Schadevergoedingsrecht.....	3
1.2 Vergoeding van immateriële schade aan derden vóór 1 januari 2019	4
1.2.1 Totstandkoming wettelijke regeling tot vergoeding van affectieschade	6
1.2.2 Vergoeding van immateriële schade aan derden vanaf 1 januari 2019.....	8
1.3 Probleemstelling en verantwoording.....	8
1.4 Opbouw	10
2. Vergoeding van immateriële schade aan derden in het Nederlandse schadevergoedingsrecht	11
2.1 Vergoeding van immateriële schade op grond van art. 6:162 BW	11
2.2 Vergoeding van affectieschade op grond van art. 6:107 en 6:108 BW.....	16
2.2.1 Aansprakelijkheid van een ander	18
2.2.2 Lichamelijk of geestelijk letsel of overlijden van het slachtoffer	19
2.2.3 Kring der gerechtigden.....	20
2.3 Kritiek vanuit de literatuur	24
2.4 Conclusie	25
3. Rechtsvergelijking: De vergoeding van immateriële schade aan derden/affectieschade in Frankrijk	29
3.1 De vergoeding van affectieschade.....	29
3.1.1 Overlijden en ernstig letsel.....	30
3.1.2 Kring der gerechtigden.....	31
3.1.3 Hoogte vergoeding	32
3.2 Conclusie	32
4. Rechtsvergelijking: De vergoeding van immateriële schade aan derden/affectieschade in Engeland	35
4.1 De vergoeding van affectieschade.....	35
4.1.1 Overlijden.....	35

4.1.2 Kring der gerechtigden	36
4.1.3 Hoogte vergoeding	37
4.2 Conclusie	38
5. Rechtsvergelijking: De vergoeding van immateriële schade aan derden/affectieschade in Duitsland	40
5.1 De vergoeding van affectieschade.....	40
5.1.1 Overlijden.....	41
5.1.2 Kring der gerechtigden.....	41
5.1.3 Hoogte vergoeding	42
5.2 Conclusie	43
6. Conclusie	44
Literatuurlijst	50
Bijlagen	56

1. Inleiding

1.1 Schadevergoedingsrecht

Het schadevergoedingsrecht wordt in het Nederlandse recht geregeld in afdeling 6.1.10 van het Burgerlijk Wetboek (hierna te noemen: BW). Deze afdeling ziet op vorderingen tot schadevergoeding van privaatrechtelijke aard.¹ De verplichting tot schadevergoeding kan onder andere ontstaan door aansprakelijkheid op basis van zaakwaarneming ex art. 6:198 BW, ongerechtvaardigde verrijking ex art. 6:212 BW of wanprestatie ex art. 6:74 BW. De meest voorkomende buitencontractuele verplichting tot schadevergoeding ontstaat uit een onrechtmatige daad ex art. 6:162 e.v. BW.²

Het uitgangspunt in het Nederlandse schadevergoedingsrecht is dat een ieder zijn eigen schade draagt, tenzij er een rechtsgrond bestaat om de schade af te wentelen op een derde.³ Zowel afdeling 6.1.10 als de Parlementaire Geschiedenis van het BW kent geen definitie van het begrip schade. Sieburgh stelt dat met het rechtsbegrip schade wordt bedoeld ‘*het feitelijk nadeel dat uit de wanprestatie of onrechtmatige daad voortvloeit*’.⁴

Afdeling 6.1.10 van het BW wordt ingeluid met art. 6:95 BW. In dit artikel wordt bepaald dat schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed uit vermogensschade en ander nadeel bestaat.

Onder de reikwijdte van ‘ander nadeel’ ex art. 6:106 BW valt de mogelijkheid tot vergoeding van immateriële schade (smartengeld). Immateriële schade is (in tegenstelling tot materiële schade) niet direct in geld uit te drukken.⁵ Immateriële schade gaat derhalve niet over de aantasting van iemands vermogen, maar over schade die is ontstaan door verdriet, smart, gederfde levensvreugde en geestelijk gemis.⁶ Smartengeld kent een tweeledige functie. Het heeft een zekere compensatiefunctie en een functie in de sfeer van genoegdoening.⁷ De gedachte hierachter is dat het geschokte rechtsgevoel van de gelaedeerde wordt bevredigd doordat van de laedens een opoffering wordt verlangd.⁸

¹ Parl. Gesch. Boek 6 NBW, T.M. p. 331.

² Asser/Sieburgh 6-II 2017/10, p. 1.

³ Hartlief e.a. 2018, p. 6.

⁴ Asser/Sieburgh 6-II 2017/10, p. 10.

⁵ Asser/Sieburgh 6-II 2017/10, p. 149.

⁶ Asser/Sieburgh 6-II 2017/10, p. 149.

⁷ Hartlief e.a. 2018, p. 330.

⁸ Hartlief e.a. 2018, p. 330.

Op basis van art. 6:106 lid 1 BW heeft een benadeelde recht op een immateriële schadevergoeding, indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen (sub a), of indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast (sub b). De aanspraak van de gekwetste zal gebaseerd moeten zijn op een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, zoals op basis van een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW.⁹ Naast lichamelijk letsel kan ook in geval van een aantasting in de persoon in beginsel aanspraak worden gemaakt op een immateriële schadevergoeding door de benadeelde blijkens art. 6:106 lid 1 sub b BW. Onder aantasting in de persoon valt bijvoorbeeld geestelijk letsel.¹⁰

1.2 Vergoeding van immateriële schade aan derden vóór 1 januari 2019

Uit art. 6:95 en 6:106 lid 1 BW volgt dat een primair slachtoffer recht kan hebben op een immateriële schadevergoeding. Op grond van art. 6:95 BW moet voor vergoeding van immateriële schade een wettelijke verplichting hiertoe bestaan. Een onrechtmatige daad kan niet alleen leiden tot schade aan de directe betrokkene, maar kan ook schade toebrengen aan andere betrokkenen (derden). In beginsel hadden derden tot 1 januari 2019 geen recht op vergoeding van immateriële schade. Het ‘gesloten stelsel’ van de artt. 6:106 tot en met 6:108 BW maakte vergoeding van immateriële schade alleen mogelijk voor primaire slachtoffers. De ‘oude’ artt. 6:107 lid 1 en 6:108 lid BW bepaalden dat derden slechts een vordering tot vergoeding van materiële schade konden instellen.

Op basis van art. 6:107 lid 1 BW (oud) was een laedens naast vergoeding aan het primaire slachtoffer ook verplicht tot vergoeding van de kosten die een derde anders dan een krachtens een verzekering ten behoeve van de gekwetste heeft gemaakt of voor kosten die hij van die ander had kunnen vorderen, indien iemand die ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk of geestelijk letsel oploopt. Het ‘oude’ art. 6:108 lid 1 BW stelde dat indien iemand die ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander jegens hem aansprakelijk is en overlijdt, de laedens ook verplicht was om schade te vergoeden door het derven van levensonderhoud aan een aantal gerechtigden.

⁹ Hartlief e.a. 2018, p. 65.

¹⁰ Hartlief e.a. 2018, p. 329.

Uitsluitend schade die bestond uit kosten die derden hadden gemaakt ten behoeve van de gekwetste en die het primaire slachtoffer zelf had kunnen vorderen, indien hij deze kosten zelf had gemaakt, kwam voor vergoeding in aanmerking. In geval van overlijden betrof dit bijvoorbeeld een vergoeding voor gederfd levensonderhoud en kosten van lijkbezorging, met name kosten voor de vergoeding van een uitvaart of kosten voor repatriëring.

Ondanks de geslotenheid van het wettelijk stelsel, werd in zeer uitzonderlijke gevallen smartengeld toegekend aan derden.¹¹ Deze uitzonderlijke gevallen vinden hun oorsprong in de jurisprudentie. Uit deze jurisprudentie blijkt dat derden tot 1 januari 2019 veelal trachtten smartengeld te claimen, door hun vordering te baseren op een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW in combinatie met een van de situaties genoemd onder art. 6:106 lid 1 sub a of sub b BW.¹² Het relativiteitsvereiste vormt de belangrijkste drempel. Zo werd op basis van het Oogmerk-arrest smartengeld toegekend aan een moeder van een kind dat door de vader was vermoord, aangezien er aan het oogmerk criterium van art. 6:106 lid 1 sub a BW werd voldaan.¹³ De laedens had het oogmerk de gelaedeerde, in casu de moeder, immateriële schade te berokkenen.¹⁴ Ook in geval van shockschade bij schending van verkeers- of veiligheidsnormen die op grond van art. 6:106 lid 1 sub b BW ex art. 6:162 BW voor vergoeding in aanmerking komt, hebben nabestaanden recht op een immateriële schadevergoeding.¹⁵ Deze jurisprudentie en het relativiteitsvereiste die alleen op bijzondere gevallen betrekking heeft wordt nader in hoofdstuk 2 besproken.

¹¹ Hartlief e.a. 2018, p. 336.

¹² Zie HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356 ; HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775 en HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213.

¹³ HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775.

¹⁴ Hartlief e.a. 2018, p. 336.

¹⁵ HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356.

1.2.1 Totstandkoming wettelijke regeling tot vergoeding van affectieschade

Bij de invoering van het BW in 1992 heeft de Eerste Kamer een bijzondere commissie ingesteld, die belast was met de taak om het wetsvoorstel voor te bereiden ter zake van de vaststelling en invoering van het nieuwe BW.¹⁶ Er werd door de Commissie indertijd overwogen of het nog steeds wenselijk was om aan derden geen immateriële schadevergoeding te kennen, aangezien er in de ons omringende landen wel mogelijkheden bestonden om affectieschade aan naasten en nabestaanden te vergoeden. Affectieschade kan worden gedefinieerd als *‘het nadeel dat niet in vermogensschade bestaat en dat men lijdt doordat een persoon waarmee men een affectieve relatie heeft, ernstig gewond raakt of overlijdt als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is.’*¹⁷ Vergoeding van affectieschade is derhalve een vorm van vergoeding van immateriële schade (smartengeld) aan derden.

De vergoeding van affectieschade aan naasten en nabestaanden werd uiteindelijk afgewezen.¹⁸ In de Parlementaire Geschiedenis wordt gemotiveerd waarom is gekozen tot afwijzing van de vergoeding van affectieschade. Zo zou de ernst van het veroorzaakte leed niet in geld kunnen worden uitgedrukt en zou vergoeding van affectieschade leiden tot commercialisering van verdriet.¹⁹ Voorts is destijds gekeken naar de landen die vergoeding van affectieschade wel toelieten. Naar aanleiding van het onderzoek werd geconcludeerd dat vergoeding van affectieschade tot onsmakelijke procespraktijken zou leiden. Hierdoor zou de rechterlijke macht te zwaar worden belast, aangezien de juridische afwikkeling van een schade veroorzakende gebeurtenis door toekenning gecompliceerd zou worden.²⁰ Eveneens leek het bepalen van de kring van gerechtigden en de omvang van de toe te kennen vergoeding lastig.²¹ Als argument werd bovendien genoemd dat in het Nieuw BW het aantal risicoaansprakelijkheden is toegenomen en dat terughoudendheid voor het vaststellen van de omvang van de schadevergoedingsplicht geboden was.²²

¹⁶ <https://www.eerstekamer.nl/commissies/herziening_burgerlijk_wetboek>, laatst geraadpleegd op 11 november 2018.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 1.

¹⁸ Reehuis & Slob 1990, p. 1271-1272.

¹⁹ Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1272.

²⁰ Hartlief e.a. 2018, p. 336.

²¹ Hartlief e.a. 2018, p. 336.

²² Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1272.

De totstandkoming van de wettelijke regeling tot vergoeding van affectieschade per 1 januari 2019 is niet bepaald zonder slag of stoot verlopen. Aan de inwerkingtreding is een jarenlange discussie vooraf gegaan.²³ Onder andere naar aanleiding van de baby Joost zaak leek het maatschappelijk niet langer te rechtvaardigen dat in Nederland een recht op vergoeding van affectieschade was uitgesloten.²⁴ Deze zaak betrof baby Joost, die bij een liesoperatie zwaar lichamelijk en blijvend gehandicapt was geraakt door ernstige medische fouten door de arts. De ouders van baby Joost hebben vervolgens de volledige zorg van hem op zich genomen. Zij voelden zich in hun eer aangetast door veel geleden pijn en verdriet. De vordering tot vergoeding van affectieschade werd door de Hoge Raad afgewezen.²⁵ De maatschappelijke verontwaardiging leidde in februari 2003 tot een wetsvoorstel tot vergoeding van affectieschade. In dit wetsvoorstel werd een verruiming van de artikelen 6:107 BW en 6:108 BW opgenomen. Deze artikelen werden uitgebreid met een kring van gerechtigden die bij ernstig letsel of overlijden van een naaste vergoeding van affectieschade kunnen vorderen. De keuze om vergoeding van affectieschade op te nemen in het BW, leverde desondanks de nodige weerstand op. Uiteindelijk werd ruim vijftien jaar na indiening van het eerste wetsvoorstel in april 2018 ingestemd met het wetsvoorstel tot de vergoeding van affectieschade door de Eerste Kamer.²⁶

²³ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 1-2.

²⁴ HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041.

²⁵ HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041.

²⁶ *Kamerstukken I*, 2016/17, 34 257.

1.2.2 Vergoeding van immateriële schade aan derden vanaf 1 januari 2019

Per 1 januari 2019 is de wet tot vergoeding van affectieschade in werking getreden.²⁷ Deze wet is in het BW uitgewerkt, door het wijzigen van de artt. 6:107 BW en 6:108 BW.²⁸ Deze wet maakt het voor naasten en nabestaanden als derden mogelijk om zelfstandig een vordering tot vergoeding van affectieschade in te stellen, na verlies of ernstig gewond raken van een naaste.²⁹ De vergoeding van affectieschade wordt van belang geacht als een vorm van erkenning van het verlies en het leed dat slachtoffers en hun naasten door de schade veroorzakende gebeurtenis is toegebracht.³⁰ Het heeft derhalve een symbolisch karakter, aangezien zij geen compensatie kan bieden voor het leed en verdriet van een naaste of nabestaande.

1.3 Probleemstelling en verantwoording

De Nederlandse wetgever en jurisprudentie zijn geruime tijd terughoudend geweest met het vergoeden van immateriële schade/affectieschade aan derden. In de discussie omtrent de vergoeding van affectieschade werd regelmatig verwezen naar ontwikkelingen in het buitenland, die deze mogelijkheid al wel kenden. Derhalve is het interessant om te onderzoeken in hoeverre het Nederlandse recht omtrent de vergoeding van immateriële schade aan derden na de wetswijziging van 1 januari 2019, zowel op basis van art. 6:162 BW als de artt. 6:107 en 6:108 BW nog afwijkt van het recht in andere Europese landen, zoals Frankrijk, Engeland en Duitsland.

De centrale onderzoeksvraag is als volgt geformuleerd:

"In hoeverre wijkt het Nederlandse recht na de wetswijziging van 1 januari 2019 zowel op basis van art. 6:162 BW als de artt. 6:107 en 6:108 BW nog af van het Franse, Engelse en Duitse recht omtrent de vergoeding van immateriële/affectieschade aan naasten en

²⁷ Stb. 2018, 133.

²⁸ Zie bijlage 4 voor een uitwerking van het overgangsrecht

²⁹ Wet van 11 april 2018 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht teneinde de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken en het verhaal daarvan alsmede het verhaal van verplaatste schade door derden in het strafproces te bevorderen

³⁰ Kamerstukken I 2002/03, 28 781, nr. 1-2.

nabestaanden?"

Dit rechtsvergelijkend onderzoek omvat zowel een beschrijvende als een waarderende onderzoeksmethode. Om antwoord te geven op de centrale onderzoeksvraag is literatuur- en jurisprudentie onderzoek verricht. Door het onderzoeken van primaire en secundaire literatuur, zoals juridische tijdschriften, handboeken en binnenlandse- en buitenlandse wetgeving en jurisprudentie zijn de onderzoeksresultaten op een zo betrouwbare mogelijke wijze weergegeven.³¹

Ten aanzien van de rechtsvergelijking is specifiek gekozen om het Franse, Engelse en Duitse recht te onderzoeken.³² De keuze is op Frankrijk gevallen, aangezien in het Franse recht wettelijk weinig is geregeld over de vergoeding van immateriële schade aan derden. De Franse rechter heeft veel vrijheid om te beslissen of smartengeld in een specifieke situatie aan een derde wordt toegekend. Het Franse recht is voor wat betreft de vergoeding van immateriële schade aan een derde daardoor erg ruim te noemen. Ook is gekozen voor een beperkt wettelijk stelsel voor de vergoeding van immateriële schade aan derden, namelijk het wettelijk stelsel van Engeland. Duitsland vergoedt sinds kort immateriële schade aan derden. Het wetsvoorstel aangaande de vergoeding van affectieschade is in Duitsland binnen korte tijd aangenomen. Het is dan ook interessant om te onderzoeken waarom en hoe Duitsland deze nieuwe regeling heeft ingepast in haar wettelijk stelsel. Vanwege de beperkte omvang van dit onderzoek zijn verder geen andere (Europese) landen onderzocht.

Naast het creëren van een wettelijke grondslag voor de vergoeding van affectieschade aan derden binnen het privaatrecht, heeft de nieuwe Wet tot vergoeding van affectieschade ook tot aanpassingen geleid in het strafrecht.³³ Per 1 januari 2019 bestaat voor nabestaanden van het slachtoffer de mogelijkheid zich als benadeelde te voegen in het strafproces voor de vergoeding van affectieschade.³⁴

³¹ Voor het onderzoeken van het Nederlandse recht is primaire literatuur geraadpleegd. Met name de boeken *"Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding"* van Hartlief e.a. (2018) en *"Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte gedeelte"* van Asser & Sieburgh (2017) en de *Parlementaire Geschiedenis* zijn veelvuldig nageslagen.

³² Voor het onderzoeken van het recht in Frankrijk, Engeland en Duitsland zijn uitsluitend secundaire bronnen geraadpleegd. Zo zijn verschillende boeken en jurisprudentie geraadpleegd, zoals opgenomen in de literatuurlijst. Vanwege de beperkte omvang van dit onderzoek zijn verder geen primaire bronnen geraadpleegd.

³³ Stb. 2018, 133.

³⁴ Zie art. 51f, lid 1 en 2 Sv ; art. 3 lid 1, aanhef en onder c Wsg . Naast en nabestaanden van slachtoffers van geweldsmisdrijven met ernstig en blijvend letsel of overlijden kunnen een beroep kunnen doen op het Schadefonds Geweldsmisdrijven.

De strafrechter kan na de voeging van nabestaanden de civiele vordering tot vergoeding van affectieschade behandelen in het strafproces.³⁵

In dit onderzoek wordt hierop niet nader ingegaan, daar dit onderzoek zich richt op de civielrechtelijke mogelijkheden tot vergoeding van affectieschade.

1.4 Opbouw

Voor een zinvolle rechtsvergelijking is het allereerst van belang om inzicht te krijgen in de mogelijkheden die het huidige Nederlandse recht per 1 januari 2019 biedt aan naasten en nabestaanden om immateriële schade vergoed te krijgen. In hoofdstuk 2 wordt onderzocht welke mogelijkheden naasten en nabestaanden hebben op basis van zowel de artikelen 6:106 en 6:162 BW als de gewijzigde artikelen 6:107 en 6:108 BW. In hoofdstuk 3 zal de wijze waarop Frankrijk haar wettelijk stelsel heeft ingericht voor wat betreft vergoeding van immateriële schade aan derden worden besproken. In het vierde hoofdstuk volgt een bespreking van het wettelijk stelsel in Engeland. Het Duitse recht komt aan bod in hoofdstuk 5. In de conclusie (hoofdstuk 6) wordt antwoord gegeven op de centrale onderzoeksvraag en door middel van een rechtsvergelijkende analyse de bevindingen uit het tweede hoofdstuk ten aanzien van het Nederlandse recht tegen het recht van Frankrijk, Engeland en Duitsland afgewogen.

³⁵ Art. 51f lid 2 Sv regelt dat de gerechtigden zoals worden genoemd in de artikelen 6:107 en 6:108 BW zich kunnen voegen als benadeelde partij in het strafproces (lid 1); art. 36f Sr stelt dat aan de veroorzaker van een strafbaar feit de verplichting kan worden opgelegd tot betaling aan de staat van een som gelds ten behoeve van het slachtoffer of de personen genoemd in artikel 51f lid 2 Sv.

2. Vergoeding van immateriële schade aan derden in het Nederlandse schadevergoedingsrecht

In dit hoofdstuk staat de vergoeding van immateriële schade aan derden in het Nederlandse schadevergoedingsrecht per 1 januari 2019 centraal. Eerst wordt ingegaan op de mogelijkheden die derden hadden en hebben om immateriële schade vergoed te krijgen op basis van art. 6:162 BW. Vervolgens zal de inhoud van de nieuwe wettelijke bepalingen van art. 6:107 lid 1 en 6:108 lid 3 BW aan bod komen. De nieuwe wettelijke regeling heeft uitsluitend betrekking op gebeurtenissen die zich voordoen na de datum van inwerkingtreding.³⁶

2.1 Vergoeding van immateriële schade op grond van art. 6:162 BW

In beginsel bestond er voor derden voor 1 januari 2019 geen mogelijkheid om immateriële schadevergoeding te vorderen. Derden trachtten een vordering tot vergoeding van immateriële schade in te stellen, door een beroep te doen op een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW in combinatie met een van de situaties genoemd onder art. 6:106 lid 1 sub a of sub b BW, met name wanneer er sprake was van een aantasting in de persoon. Uit art. 6:162 lid 1 BW blijkt dat iemand die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, gehouden is om schade die daaruit voort vloeit te vergoeden. Uit het zinsdeel ‘jegens een ander’ wordt duidelijk dat slechts de gelaedeerde recht heeft op een schadevergoeding op grond van een onrechtmatige daad. Het onrechtmatigheidsbegrip is dus van relatieve aard.³⁷ Het relativiteitsvereiste in art. 6:163 BW vereist dat de door de laedens geschonden norm ‘tot bescherming strekt tegen

³⁶ Dat niet op de nieuwe wet kon worden geanticipeerd, is ook gebleken uit de jurisprudentie. Twee zussen hadden bijvoorbeeld getracht vergoeding van affectieschade te vorderen, aangezien zij geruime tijd in onzekerheid hebben geleefd, niet wetende wie er verantwoordelijk was voor de moord op hun zuster. In lagere rechtspraak werd geoordeeld dat niet kon worden geanticipeerd op het aangenomen wetsvoorstel tot vergoeding van affectieschade (Rb Overijssel 16 mei 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1712).

Dit werd nogmaals bevestigd door een uitspraak van de rechtbank Amsterdam inzake de zogenaamde vergismoordzaak op een Amsterdamse DJ (Rb Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3223) en een uitspraak van de rechtbank Rotterdam (Rb Rotterdam 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8894), waarin nabestaanden van beide slachtoffers verzochten om vergoeding van affectieschade. Ondanks afwijzing van de vorderingen in genoemde zaken, onderkent de rechtbank dat het leed voor de naasten van de gevolgen van het ongeval groot en invoelbaar is en dat zij daarom ook meelijden.

³⁷ Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, artikel. 6:163 BW, relativiteitsvereiste, aantekening. 1.1.1. (online, laatst bijgewerkt op 19 januari 2018).

schade zoals de gelaedeerde die heeft geleden’.³⁸

Art. 6:163 BW beoogt duidelijk te maken dat niet ieder onrechtmatig handelen altijd onrechtmatig is jegens iedereen, noch dat iedere vorm strekt tot bescherming tegen iedere soort schade die daarvan op welke wijze dan ook het gevolg is.³⁹ De gedraging zal derhalve ook onrechtmatig moeten zijn jegens een derde en niet slechts jegens het primaire slachtoffer.

De Hoge Raad heeft in het arrest Duwbak Linda beslist dat alvorens antwoord kan worden gegeven op de vraag of voldaan is aan het relativiteitsvereiste, het aankomt op het doel en de strekking van de geschonden norm.⁴⁰ De Hoge Raad bepaalt in ro 3.4.1 dat *‘bij de beantwoording van de vraag of voldaan is aan het in art. 6:163 BW neergelegde vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, het aan komt op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.’*

Het relativiteitsvereiste is in geval van verkeersongevallen nader uitgewerkt in het Taxibus-arrest.⁴¹ Door de Hoge Raad werd hier bepaald dat overtreding van een veiligheidsnorm- of verkeersnorm met een ernstig ongeval als gevolg, niet alleen onrechtmatig is jegens degene die dientengevolge gewond is geraakt of is komen te overlijden. Er is eveneens sprake van onrechtmatigheid jegens degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan een hevige emotionele schok met geestelijk letsel tot gevolg is teweeggebracht.⁴² Het geestelijk letsel moet een in de psychiatrie erkend ziektebeeld betreffen.⁴³

In dit arrest werd een moeder vrijwel direct na een verkeersongeval geconfronteerd met het ernstig verminkte lichaam van haar dochter. De moeder heeft door deze confrontatie ernstig geestelijk letsel opgelopen. Door de Hoge Raad werd geoordeeld dat *‘voldoende is dat een rechtstreeks verband bestaat tussen het gevaarzettend handelen enerzijds en het geestelijk letsel dat een derde door de confrontatie met de gevolgen van dit handelen oploopt*

³⁸ Zie art. 6:163 BW.

³⁹ Hartlief e.a. 2018, p. 65.

⁴⁰ HR 7 mei 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO6012.

⁴¹ HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356.

⁴² HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356.

⁴³ HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356.

anderzijds. Deze confrontatie kan ook plaatsvinden (kort) nadat de gebeurtenis die tot de dood of verwonding van een ander heeft geleid, heeft plaatsgevonden.

*De aard van deze schade brengt mee dat deze schade in het algemeen slechts voor vergoeding in aanmerking komt indien (i) de betrokkene rechtstreeks wordt geconfronteerd met de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden en, (ii) deze confrontatie bij de betrokkene een hevige schok teweeggebracht heeft, hetgeen zich met name kan voordoen indien sprake is van een nauwe (affectieve) band met degene die door het ongeval is gedood of gewond geraakt.*⁴⁴ Samengevat moet om in aanmerking te komen voor vergoeding van shockschade er sprake zijn van een waarneming van een ongeval door een naaste of directe confrontatie met de ernstige gevolgen van dat ongeval. Daarnaast moet dit hebben geleid tot een heftige emotionele shock, welke tot geestelijk letsel heeft geleid. Dit wordt ook wel het confrontatiecriterium genoemd, wat eigenlijk een nadere invulling is van het relativiteitsvereiste ex art. 6:163 BW.⁴⁵ De vorm van schade die voor vergoeding in aanmerking komt betreft shockschade, geen affectieschade.⁴⁶ De Hoge Raad oordeelde in deze zaak dat de schade als gevolg van het geestelijk letsel voor vergoeding in aanmerking kwam op grond van art. 6:162 BW en art. 6:106 lid 1 sub b BW.⁴⁷ Het is voldoende dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen het gevaarzettend handelen enerzijds en het geestelijk letsel dat een derde door de confrontatie met de gevolgen van dit handelen oploopt anderzijds.⁴⁸

In de Parlementaire Geschiedenis wordt shockschade gedefinieerd als *‘schade welke is ontstaan naar aanleiding van een shock die het gevolg is van het waarnemen van of het geconfronteerd worden met een gebeurtenis met een dodelijke afloop’*.⁴⁹ Het verschil met affectieschade is gelegen in het feit dat bij affectieschade een waarneming of directe confrontatie met de schadeveroorzakende gebeurtenis uitblijft. Door de Hoge Raad werd in het Vilt-arrest overwogen dat *‘de middelen ertoe strekken dat de door de Hoge Raad in het bijzonder in het Taxibus-arrest aangewezen omvang van de schadevergoedingsverplichting jegens nabestaanden van verkeersslachtoffers moet worden verruimd in gevallen waarin het,*

⁴⁴ HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356.

⁴⁵ Emaus 2011, p. 4-7.

⁴⁶ Emaus 2011, p. 4-7.

⁴⁷ HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356.

⁴⁸ Hartlief e.a. 2018, p. 338.

⁴⁹ Parl. Gesch. Boek 6 NBW, p. 1274.

anders dan in de zaak die tot dat arrest leidde, gaat om een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval. Die verruiming kan niet worden aanvaard.''

De in het Taxibus-arrest gegeven algemene gezichtspunten, waaronder het aspect dat het te dezer zake de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat af te wijken van het restrictieve stelsel, gelden nog onverkort, ook voor gevallen waarin het verkeersongeval opzettelijk is veroorzaakt.''⁵⁰ De criteria uit het Taxibus-arrest acht de Hoge Raad derhalve ook in geval van een opzetdelict van doorslaggevend belang.

Het onderscheid tussen affectieschade en shockschade is niet altijd eenvoudig vast te stellen, met name niet wanneer een derde shockschade heeft opgelopen en een affectieve band heeft met het slachtoffer van een ongeval. Het is mogelijk dat deze twee schadesoorten elkaar overlopen. Beide schadesoorten hebben nu een eigen grondslag en kunnen derhalve afzonderlijk van elkaar bestaan. Het is zelfs mogelijk dat een naaste of nabestaande op grond van beide bepalingen cumulatief schadevergoeding kan vorderen.⁵¹ Daar hebben zij ook (financieel) belang bij, aangezien een vordering op basis van vergoeding van shockschade anders dan het recht op affectieschade niet alleen ziet op immateriële schade, maar ook op vermogensschade. Zij worden dan immers als een direct slachtoffer aangemerkt.⁵²

De Hoge Raad heeft eveneens vergoeding voor immateriële schade toegekend aan een derde in een geval waarin het oogmerk bestond om schade toe te brengen.⁵³ In het Oogmerk-arrest werd smartengeld toegekend aan een moeder van een zoontje dat door zijn vader om het leven was gebracht. De vader had met deze daad het oogmerk gehad om de moeder schade toe te brengen. De moeder vorderde een vergoeding van de man voor geleden immateriële schade. Door de Hoge Raad werd in deze zaak overwogen dat het wettelijk stelsel en dan met name art. 6:108 BW (oud), niet aan een vergoeding van immateriële schade in de weg staat, indien de dader iemand heeft gedood met het oogmerk aan een ander zodanig nadeel toe te brengen.⁵⁴ De Hoge Raad oordeelde dat er sprake was van een bijzonder geval, zoals staat beschreven in art. 6:106 lid 1 onder a BW. De laedens had het oogmerk om de gelaedeerde immateriële schade toe te brengen door zijn daad. Relevant is dat het oogmerk gericht moet

⁵⁰ HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583

⁵¹ M. Hebly, I. van der Zalm, E. Engelhard, 'Wetsvoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade: verbetering van de positie van slachtoffers en naasten', *Ars Aequi* 2015, nr. 2, p. 104.

⁵² Hartlief e.a. 2018, p. 340.

⁵³ HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775.

⁵⁴ HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775.

zijn op het toebrengen van leed en verdriet. Daarnaast moet er onrechtmatig zijn gehandeld jegens de gelaedeerde in de zin van art. 6:162 BW.

Door de Hoge Raad werd geoordeeld dat in dit bijzondere geval het stelsel van art. 6:107 BW (oud) en art. 6:108 BW (oud) ruimte biedt voor een eigen vordering van de derde. De gelaedeerde heeft daarmee recht op smartengeld.⁵⁵

In een andere bijzondere situatie was er sprake van een moeder die zwanger raakte van baby Kelly.⁵⁶ De moeder gaf bij de verloskundige aan dat in de familie van haar echtgenoot een chromosale afwijking voorkwam en verzocht hierom prenataal onderzoek.

De verloskundige heeft nagelaten om het prenataal onderzoek uit te voeren. Uiteindelijk is de moeder bevallen van baby Kelly, die fysiek en geestelijk ernstig gehandicapt bleek, als gevolg van een chromosomale afwijking. Indien de verloskundige wel een prenataal onderzoek zou hebben verricht, dan was de handicap van baby Kelly aan het licht gekomen en zou de moeder ervoor hebben gekozen om een abortus te laten plegen. De rechtbank besliste in deze zaak dat er smartengeld aan de moeder kon worden toegekend, echter niet aan de vader.

Verder werd door de Hoge Raad geoordeeld dat de verloskundige een zorgplicht ex art. 7:453 BW heeft en ertoe is gehouden in bepaalde omstandigheden vereiste prenatale onderzoek te verrichten en indien daarvoor aanleiding is, vervolgonderzoek te doen. De Hoge Raad besliste dat de moeder ook recht heeft op smartengeld, aangezien het nalaten van de verloskundige een schending van het keuzerecht betreffende een abortus inhoudt. Blijkens art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW volgt uit deze schending een aantasting van haar persoon.⁵⁷ In cassatie werd door de Hoge Raad beslist dat ook toekenning van smartengeld aan de vader mogelijk is, aangezien de fout die de verloskundige heeft gemaakt in strijd is met het hetgeen de verloskundige volgens ongeschreven recht in maatschappelijk verkeer jegens de vader betaamde ex. art. 6:162 lid 2 BW. Het zinsdeel ‘jegens de vader’ impliceert relativiteit jegens de vader in de zin van art. 6:163 BW, blijkens de Hoge Raad. Ten slotte had Kelly zelf aanspraak op vergoeding van immateriële schade, daar zij door haar ernstige handicap in haar persoon is aangetast in de zin van art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW.

Geconcludeerd kan worden dat naasten en nabestaanden trachtten een vordering tot vergoeding van immateriële schade in te stellen, door een beroep te doen op een

⁵⁵ HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775.

⁵⁶ HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213.

⁵⁷ HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213.

onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW in combinatie met een van de situaties genoemd onder art. 6:106 lid 1 sub a of sub b BW.

In geval van shockschade zaken acht de Hoge Raad het confrontatiecriterium van groot belang, ook in geval er sprake is van een opzetdelict. Het onderscheid tussen shockschade en affectieschade is niet altijd eenvoudig vast te stellen. Het Taxibus-arrest heeft verduidelijkt dat louter wetgevend ingrijpen de status quo op het punt van vergoeding van affectieschade zou kunnen veranderen.⁵⁸

2.2 Vergoeding van affectieschade op grond van art. 6:107 en 6:108 BW

Akkermans c.s. heeft in opdracht van het Ministerie van Justitie in 2006 onderzoek gedaan naar de daadwerkelijke maatschappelijke behoefte aan vergoeding van affectieschade en de vraag of het wel mogelijk is dat deze vergoeding een bijdrage kan leveren aan de verwerking van leed.⁵⁹ Duidelijk werd dat een vergoeding voor affectieschade van € 10.000 door een meerderheid van de naasten als niet ongepast wordt gezien als minimumbedrag. Dit onderzoek nam de twijfels bij de Eerste Kamer niet weg, waardoor het eerste wetsvoorstel tot vergoeding van affectieschade alsnog werd verworpen.⁶⁰ Een van de voornaamste redenen voor de verwerping was dat men bang was voor een claimcultuur.⁶¹ In mei 2011 werd door de Tweede Kamer opnieuw een wetsvoorstel aanvaard met algemene stemmen.⁶² Er ontstonden vragen over het risico van het ontstaan van een claimcultuur en over de wenselijkheid van het wetsvoorstel. De Eerste Kamer liet zich na een uitvoerige argumentenwisseling, wel overtuigen van het belang van het wetsvoorstel. De VVD-fractie stemde voor het wetsvoorstel, aangezien er een forfaitair schadevergoedingsstelsel werd gehanteerd met overzichtelijke en vaste vergoedingen en de kring van gerechtigden beperkt is, zodat de vrees voor een claimcultuur sterk werd verminderd.⁶³

De ‘oude’ artt. 6:107 en 6:108 BW hadden een exclusieve werking. Louter binnen de deur

⁵⁸ Hartlief e.a. 2018, p. 338.

⁵⁹ Akkermans e.a. 2008, p. 13.

⁶⁰ *Handelingen I* 2008/09, 34, p. 1587-1589.

⁶¹ De Ridder 2016, afl. 1 p. 4.

⁶² *Kamerstukken I*, 2016/17, 34 257, B ; *Kamerstukken I*, 2016/17, 34 257, D.

⁶³ Van Hoppe 2018, p. 404.

deze bepalingen aangegeven marges had een derde recht op vergoeding van schade als gevolg van het letsel of overlijden van een ander.⁶⁴

Deze marges zijn met de komst van de nieuwe regeling aangepast, door in art. 6:107 en 6:108 BW expliciet een recht op vergoeding van affectieschade op te nemen.⁶⁵ Affectieschade ten gevolge van lichamelijk of geestelijk letsel wordt in art. 6:107 BW genoemd. Affectieschade naar aanleiding van overlijden wordt in een apart artikel benoemd, namelijk art. 6:108 BW.⁶⁶

Art. 6:107 lid 1 BW bepaalt het volgende: *"Indien iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk of geestelijk letsel oploopt, is die ander behalve tot vergoeding van de schade van de gekwetste zelf, ook verplicht tot vergoeding van:*
a. de kosten die een derde anders dan krachtens een verzekering ten behoeve van de gekwetste heeft gemaakt en die deze laatste, zo hij ze zelf zou hebben gemaakt, van die ander had kunnen vorderen; en
b. een bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag of bedragen voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat geleden door de in lid 2 genoemde naasten van de gekwetste met ernstig en blijvend letsel."

Art. 6:108 lid 3 BW bepaalt: *"Voorts is de aansprakelijke verplicht tot vergoeding van een bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag of bedragen voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, geleden door de in lid 4 genoemde naasten als gevolg van het overlijden."*

De hoogte van de vergoedingen voor affectieschade zijn vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur en passen in een forfaitair vergoedingsstelsel. De hoogte van de forfaitaire vergoedingen worden weergegeven in het Besluit vergoeding affectieschade.⁶⁷ In de Nota van toelichting bij het besluit wordt vermeld dat de vergoedingen een symbolisch karakter hebben, aangezien zij geen compensatie kunnen bieden voor het verdriet van een naaste of nabestaande. Het besluit laat tevens zien dat er onderscheid wordt gemaakt tussen ernstig en blijvend letsel of overlijden, de aard van de relatie en de ernst van de normschending en dat er telkens treden van € 2.500 gelden.⁶⁸ De bedragen zijn forfaitair vastgesteld en lopen van € 12.500 tot € 20.000.⁶⁹ Gekozen is voor een forfaitair stelsel om zo langdurige en pijnlijke

⁶⁴ Hartlief e.a. 2018, p. 337.

⁶⁵ Hartlief e.a. 2018, p. 337.

⁶⁶ Zie bijlage 1 voor art. 6:107 jo. art. 6:108 BW.

⁶⁷ Zie bijlage 2 voor de hoogte van de vergoedingen.

⁶⁸ Stb. 2018, 133.

⁶⁹ Hartlief e.a. 2018, p. 340.

discussies over de omvang van het ontstane leed te vermijden.⁷⁰

De hoogte van de bedragen die bij besluit zijn vastgesteld, zullen periodiek worden herijkt.

Dit zal leiden tot een grotere rechtszekerheid.⁷¹

2.2.1 Aansprakelijkheid van een ander

Hoewel op basis van de artikelen 6:107 en 6:108 BW aan bepaalde naasten en nabestaanden een eigen aanspraak wordt geboden om vergoeding van affectieschade te vorderen, is het wel vereist dat de laedens van de schadeveroorzakende gebeurtenis jegens het primaire slachtoffer aansprakelijk is voor deze gebeurtenis. Het hybride karakter van het aansprakelijkheidsrecht ten aanzien van derden komt hiermee duidelijk naar voren. De artt. 6:107 en 6:108 BW bieden op dit punt een naaste of nabestaande in zoverre een aantrekkelijke grondslag dat zij niet hoeven te bewijzen dat jegens hen een norm is geschonden, maar dat een normschending jegens de (primair) gekwetste toereikend is.⁷² De artt. 6:107 en 6:108 BW hebben derhalve een zelfstandig karakter, maar zullen voor de vestiging van de aansprakelijkheid moeten terugvallen op art. 6:162 BW.

Derden (naasten en nabestaanden) lijden affectieschade doordat een dierbare getroffen is. Indien jegens het primair getroffen slachtoffer geen aansprakelijkheid bestaat, dan zal een beroep op vergoeding van affectieschade door de naasten en nabestaanden worden afgewezen. Zo kan de laedens zich er op beroepen dat bij het ontstaan van een ongeval de gelaedeerde zelf een rol heeft gespeeld in het ontstaan van het ongeval, door bijvoorbeeld een stuurfout van de gelaedeerde, met een aanrijding tot gevolg.⁷³ Er is dan sprake van eigen schuld ex artt. 6:101, 6:107 lid 5 en 6:108 lid 5 BW. Indien er sprake is van eigen schuld, werkt dit door in de mate waarin de schade wordt toegerekend aan de aansprakelijke partij.⁷⁴ Ook binnen de reikwijdte van affectieschade speelt art. 6:101 BW derhalve een belangrijke rol.

Fouten van een primair slachtoffer of van een naaste bij de totstandkoming van het letsel of overlijden behoren mee te worden gewogen bij de vraag in welke mate genoegdoening kan worden verlangd. Deze zogenaamde billijkheidscorrectie zou er dus voor kunnen zorgen dat

⁷⁰ De geldelijke gevolgen met de komst van deze wet kunnen voor aansprakelijke partijen c.q. verzekeraars groots uitpakken. Naar aanleiding van berekeningen van het Centrum voor Verzekeringssstatistiek van het Verbond voor Verzekeraars is de verwachting dat de schadelast voor deze partijen met 3% zal gaan toenemen. Voor medische aansprakelijkheidsverzekeraars is de verwachting van een stijging zelfs 15% (<verzekeraars.nl/publicaties/actueel/verbond-blij-met-nieuwe-wet-affectieschade>, geraadpleegd op 6 april 2019).

⁷¹ Stb. 2018, 133.

⁷² Lindenberg 2008b, p. 43.

⁷³ HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, m.nt. J.B.M. Vranken

⁷⁴ Zie art. 6:101 BW.

niet iedere naaste of nabestaande een (volledige) forfaitaire vergoeding van affectieschade kan vorderen op grond van 6:101, 6:107 lid 5 en 6:108 lid 5 BW.⁷⁵

2.2.2 Lichamelijk of geestelijk letsel of overlijden van het slachtoffer

Naast aansprakelijkheid van derden jegens het slachtoffer is vereist dat het slachtoffer lichamelijk of geestelijk letsel heeft opgelopen dan wel is overleden door de schadeveroorzakende gebeurtenis. Niet iedere verwonding geeft het recht op vergoeding van affectieschade. Gekozen is voor een formulering die uitdrukkelijk weergeeft dat het letsel van het slachtoffer ernstig en blijvend moet zijn.⁷⁶ De termen ‘ernstig’ en ‘blijvend’ letsel’ behoeven een concrete uitleg in de rechtspraak.⁷⁷ Uit art. 6:107 lid 3 BW volgt dat bij algemene maatregelen van bestuur regels worden gesteld waarmee nader wordt bepaald wanneer letsel als ernstig en blijvend letsel als bedoeld in lid 1 onder b wordt aangemerkt. De wetgever heeft ervoor gekozen om bij algemene maatregel van bestuur regels te kunnen stellen, daar in de toekomst eventueel gewenste veranderingen vanwege (maatschappelijke) ontwikkelingen, sneller en gemakkelijker kunnen worden doorgevoerd in belangrijke mate.⁷⁸ Er lijkt dus weinig vrijheid aan de rechter te zijn gegeven, daar invulling van begrippen in de wet is vastgesteld.

In het wetsvoorstel tot vergoeding van affectieschade is ervoor gekozen om (voorlopig, tot er bij algemene maatregel van bestuur andere regels worden gesteld) de mate van functieverlies vast te stellen met behulp van de zogenoemde American Medical Association richtlijnen (hierna te noemen: AMA-guides). Met behulp van deze richtlijn kan procentueel de mate van anatomisch verlies en functieverlies worden vastgesteld. De AMA-guides stellen dat er sprake is van ernstig en blijvend letsel, indien er sprake is van een blijvend functieverlies van 70% of meer.⁷⁹ Het genoemde percentage is niet in alle gevallen doorslaggevend. De impact van het letsel op het leven van naasten is tevens van groot belang. Er zijn categorieën van slachtoffers waarbij het uiterlijk waarneembare component minder ernstig lijkt dan feitelijk sprake van is.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 18-19.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p.14.

⁷⁷ *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 6.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p.6.

⁷⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p.12.

Gesteld wordt dat “*de combinatie daarvan met andere componenten van het letsel een zodanig verlies of ernstige verstoring van de mogelijkheid van wezenlijk persoonlijk contact tussen het slachtoffer en diens naasten meebrengt, dat van ‘ernstig en blijvend letsel’ moet worden gesproken.*”⁸⁰

Hierbij kan worden gedacht aan situaties waarbij iemand door letsel ernstige karakter- en gedragsveranderingen ondergaat, het vermogen tot spreken verliest of letsels die een ernstige verstoring van lichamelijk contact tot gevolg hebben en letsels waardoor het slachtoffer (nagenoeg) volledig afhankelijk wordt van hulp, zodat het onderhouden van een privéleven ernstig wordt verstoord.⁸¹ Verheij acht het stellen van een minimum percentage niet gelukkig, aangezien dit ongewenste a contrario redeneringen kan opwekken als bij een slachtoffer bijvoorbeeld een functieverlies van 65% is vastgesteld. Verheij stelt dat het percentage van functieverlies relevant is, maar dat steeds moet worden gekeken naar alle concrete omstandigheden van het geval. De impact op de directe sociale omgeving en de afhankelijkheid van de gekwetste zijn hierbij belangrijke factoren.⁸²

Naast lichamelijk letsel valt ook psychisch letsel onder het begrip ernstig en blijvend letsel.⁸³ Vereist is dan dat er sprake is van medisch objectiveerbaar psychisch letsel. Een concreet percentage voor psychisch letsel wordt in de toelichting niet genoemd, echter dient het psychisch letsel wel als ‘zeer ernstig’ te worden aangemerkt. De invloed op het leven van de gekwetste en de naaste is daarbij ook van zwaarwegend belang.⁸⁴ Voorbeelden van psychisch letsel worden niet in de toelichting genoemd.

2.2.3 Kring der gerechtigden

In art. 6:107 onder lid 1 BW en art. 6:108 onder lid 4 BW wordt de kring van gerechtigden opgesomd. Niet elke persoon kan een vergoeding voor affectieschade vorderen en er is gekozen voor een stelsel met dezelfde gerechtigden bij ernstig en blijvend letsel als bij overlijden. De vergoedingen zijn forfaitair vastgesteld. De gerechtigden zullen hieronder per groep worden besproken.

Partners

⁸⁰ Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p.13.

⁸¹ Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p.13.

⁸² Verheij 2014, p. 6.

⁸³ Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p.13.

⁸⁴ Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p.16.

In sub a van beide artikelen worden gehuwden en geregistreerd partners aangemerkt als gerechtigde. Aan formele partners stelt de wet geen nadere vereisten. Indien het gaat om een levensgezel van de gekwetste, worden er wel nadere eisen gesteld blijkens sub b.

Om als levensgezel als gerechtigde te worden aangemerkt, moet men ten tijde van de schadeveroorzakende gebeurtenis duurzaam met het slachtoffer een gemeenschappelijke huishouding voeren. Met ‘duurzaam’ heeft de wetgever er bewust voor gekozen om af te zien van het hanteren van een termijn. Van belang is dat de relatie een zodanig duurzaam karakter heeft, dat kan worden gesteld dat het ernstige en blijvende letsel van de gekwetste of het overlijden ook voor diegene als een ernstig verlies wordt beschouwd, waarvoor ook een vergoeding op haar plaats is.⁸⁵ Personen met een LAT-relatie vallen niet onder deze categorie. In de toelichting wordt deze categorie nog wel genoemd als een groep van gerechtigden die zich zouden kunnen beroepen op de hardheidsclausule als het gaat om een hechte langdurige relatie.⁸⁶ Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen gehuwden, geregistreerd partners of samenwoners voor wat betreft de hoogte van de schadevergoeding voor zowel ernstig en blijvend letsel als overlijden. Deze gerechtigden kunnen allen bij ernstig en blijvend letsel een schadevergoeding vorderen van € 15.000. Bij ernstig en blijvend letsel als gevolg van een misdrijf is een schadevergoeding € 17.500. Na overlijden van het slachtoffer kunnen derden een bedrag vorderen van € 17.500. Bij overlijden ten gevolge van een misdrijf is het bedrag hoger, namelijk € 20.000.

Ouders en kinderen

Degene die ten tijde van de gebeurtenis de ouder van de gekwetste of overledene is en degene die ten tijde van de gebeurtenis het kind van de gekwetste of overledene is, is gerechtigd tot het vorderen van vergoeding van affectieschade blijkens artt. 6:107 lid 2 onder c en 6:108 lid 4 onder c en d BW. In deze artikelen wordt geen definitie van ‘ouder’ gegeven. Daarvoor dient te worden uitgeweken naar de definitie die in BW 1 wordt gehanteerd.⁸⁷ Van ouderschap is er sprake als er sprake is van een uit of binnen huwelijk geregistreerd partnerschap geboren kind ex art. art. 1:198 lid 1 aanhef en onder a en b, en art. 1:199 aanhef en onder a en b BW. Indien hier geen sprake van is, zullen erkenning, gerechtelijke vaststelling van het ouderschap

⁸⁵ Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p.15.

⁸⁶ Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p.15.

⁸⁷ Lindenbergh 2018, p. 409.

en adoptie beslissend zijn, blijkens art. 1:198 lid 1 aanhef en onder c, d en e, en art. 1:199 aanhef en onder c, d en e BW. Deze uitleg gaat ook op voor het begrip ‘kind’.

Niet ieder die als gerechtigde in deze categorie kan worden geplaatst heeft recht op dezelfde vergoeding.

Zo wordt er onderscheid gemaakt tussen minderjarige kinderen en ouders, meerderjarige thuiswonende kinderen en ouders, pleegkinderen en ouders en meerderjarige niet-thuiswonende kinderen en ouders. De gerechtigden behorende tot de groep minderjarige kinderen en ouders, meerderjarige thuiswonende kinderen en ouders en pleegkinderen en ouders kunnen allen aanspraak maken op dezelfde vergoeding. Ingeval van ernstig en blijvend letsel wordt een bedrag van € 15.000 uitgekeerd. Bij overlijden en ernstig en blijvend letsel ontstaan door een misdrijf iets meer, namelijk € 17.500 en bij overlijden door een misdrijf een bedrag van € 20.000. Aan de groep meerderjarige niet-thuiswonende kinderen en ouders wordt in alle situaties een lager bedrag toegekend dan thuiswonende kinderen, namelijk € 12.500 bij ernstig en blijvend letsel, € 15.000 bij overlijden en ernstig en blijvend letsel ontstaan door een misdrijf en € 17.500 in geval overlijden naar aanleiding van een misdrijf. Hiervoor is gekozen, omdat een uitwonend kind minder wordt geconfronteerd met het verdriet, daar dit kind niet dagelijks aanwezig is.⁸⁸

Lindenbergh stelt de vraag wat de positie is van een ouder ten aanzien van een ongeboren vrucht.⁸⁹ Wat is rechtens als door een medische fout het niet tot de geboorte van een levend kind komt? Is er op dat moment al sprake van ouderschap? De toelichting laat zich over deze gevallen niet expliciet uit. Art. 1:2 BW bepaalt dat als een kind dood ter wereld komt, het geacht wordt nooit te hebben bestaan. Geconcludeerd kan worden dat er dus nooit sprake is geweest van ouderschap en dat in een dergelijke situatie geen vergoeding van affectieschade kan worden gevorderd door de ‘ouders’. Ingeval er sprake is van ernstig en blijvend letsel in het kader van art. 6:107 BW stelt Lindenbergh dat er voor de vergoeding van affectieschade moet worden gekeken naar het moment van de conceptie.⁹⁰

Zorgrelaties

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p.5

⁸⁹ Lindenbergh 2018, p. 409.

⁹⁰ Lindenbergh 2018, p. 409.

Ingeval er sprake is van een zorgrelatie, bestaat ook een recht op vergoeding van affectieschade. Degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de gekwetste of overledene heeft (sub e) en degene voor wie de gekwetste of overledene ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg heeft (sub f) kunnen hier aanspraak op maken.

Volgens de toelichting moet worden gedacht aan situaties waarin de zorg voor een kleinkind duurzaam in het gezin van (een) grootouder(s) plaatsvindt en aan gevallen van duurzame zorg voor een kind door pleegouders.⁹¹ De wetgever heeft hier net als bij samenwoners gekozen voor het begrip ‘duurzaam’, ongeacht hoelang de zorgrelatie al bestaat.

Daarnaast wordt opgemerkt dat zorgrelaties zijn opgenomen in art. 6:107 jo. art. 6:108 BW, aangezien er hier vanuit kan worden gegaan dat *‘de feitelijke situatie en de intensiteit van de persoonlijke betrekking dermate vergelijkbaar zijn met die in de gevallen genoemd in de onderdelen a tot en met d, dat gelijkstelling in het kader van deze bepaling op zijn plaats is’*.⁹² Gerechtigden die onder deze categorie kunnen worden geplaatst, kunnen bij ernstig en blijvend letsel een bedrag van € 15.000 vorderen, bij overlijden en ernstig en blijvend letsel door een misdrijf een bedrag van € 17.500 en overlijden na een misdrijf een bedrag van € 20.000.

Hardheidsclausule

Ten slotte bestaat er voor gerechtigden die niet onder de eerder genoemde categorieën vallen de mogelijkheid om een schadevergoeding te vorderen op grond van de hardheidsclausule. Blijkens sub g kan *‘een ander persoon die ten tijde van de gebeurtenis in een zodanige nauwe persoonlijke relatie tot de gekwetste of overledene staat, dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hij voor de toepassing van art. 6:107 lid 1 BW jo. art. 6:108 lid 3 BW als naaste wordt aangemerkt.’*

De hardheidsclausule zal in een beperkt aantal gevallen uitkomst bieden. De bedoeling van de wetgever is dat een ieder niet zomaar een beroep kan doen op de hardheidsclausule.⁹³ De wetgever heeft als maatstaf gecreëerd dat *‘voor het aannemen van een nauwe persoonlijke betrekking er een hechte affectieve relatie dient te worden aangetoond. Hierbij is niet de formele verhouding maar de feitelijke verhouding beslissend. De omstandigheden van het*

⁹¹ Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p. 14.

⁹² Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p. 14.

⁹³ Kamerstukken I, 2016/17, 34 257, C, p. 7.

geval zullen bepalend zijn.'⁹⁴ De verwachting is dat vooral broers, zusters, nichten, neven, ooms en tantes zich op de hardheidsclausule zullen beroepen. Zij zijn immers uitgesloten als gerechtigde in de overige categorieën.

Er waren voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet tot vergoeding van affectieschade veel procedures met discussies over de vraag of iemand als een gerechtigde kon worden aangemerkt. De hardheidsclausule biedt in die gevallen uitkomst. Er zal discussie kunnen ontstaan over het feit of men gerechtigd is op grond van de hardheidsclausule, echter de bedragen liggen vast. De hoogte van de vergoedingen bedragen bij ernstig en blijvend letsel € 12.500 bij overlijden en ernstig en blijvend letsel door een misdrijf € 15.000 en overlijden na een misdrijf € 17.500.

2.3 Kritiek vanuit de literatuur

In de literatuur is op de wijzigingen tot vergoeding van affectieschade zowel positief als negatief gereageerd. Zo stelt Lindenbergh dat er geen principiële redenen zijn om tegen een wettelijk recht op vergoeding van affectieschade te zijn.⁹⁵

Volgens Lindenbergh kan de juridische erkenning van affectieschade en de erkenning van de positie van naasten en nabestaanden een positieve invloed hebben op de verwerking van het verlies of ernstige verwonding van hun dierbare.⁹⁶ Sieburgh deelt deze mening niet en stelt dat de rechter niet als een hulpverlener moet worden gezien, maar als juridische geschillenbeslechter. Daarom is er volgens haar geen taak voor de rechter weggelegd om medeleven te moeten tonen en zich rechtstreeks met emoties in te laten.⁹⁷ Ook de onbepaalbaarheid van het begrip 'ernstig en blijvend letsel' wordt bekritiseerd. De kring van gerechtigden wordt als mager bestempeld.⁹⁸ Voor wat betreft de omvang van de schadevergoeding wordt enerzijds in de literatuur de kant gekozen van een gefixeerd bedrag⁹⁹, terwijl anderen zich hier kritisch over uitlaten.¹⁰⁰

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 15.

⁹⁵ Lindenbergh 2010, p. 1531

⁹⁶ Lindenbergh 2010, p. 1531.

⁹⁷ Groenhuijsen 2003, p. 1371 (zoek op: Sieburg)

⁹⁸ Van Orsouw 2004, p. 108-112.

⁹⁹ Groenhuijsen 2003, p. 1371-1372.

¹⁰⁰ Van Orsouw 2004, p. 109-110.

Voorstanders van een gefixeerd bedrag menen dat slachtoffers daardoor weten waar zij aan toe zijn, terwijl andere auteurs stellen dat het wetsvoorstel onvoldoende differentiatie toestaat. Aan ongelijke gevallen zou een gelijke behandeling worden geboden.

Van Orsouw stelt dat naasten en nabestaanden meer behoefte hebben aan erkenning van het concrete geval.¹⁰¹ Kritiek op de wettelijke regeling van een andere regeling van affectieschade in het buitenland komt in de literatuur niet naar voren.

In de literatuur wordt daarnaast niet benoemd of buitenlandse wettelijke stelsels een inspiratiebron zijn geweest voor de inhoud van de nieuwe wettelijke bepalingen in het Nederlandse recht.

2.4 Conclusie

De wet tot de vergoeding van affectieschade heeft in het Nederlandse recht zijn intrede gedaan per 1 januari 2019.¹⁰² In beginsel hadden derden in het Nederlandse schadevergoedingsrecht tot 1 januari 2019 geen mogelijkheden om vergoeding van immateriële schade te vorderen. Er is in het BW nu een wettelijke grondslag gecreëerd voor de vergoeding van affectieschade aan derden door het wijzigen van de artt. 6:107 en 6:108 BW. Op basis van deze gewijzigde artikelen kunnen gerechtigden een vordering tot vergoeding van affectieschade instellen na het ontstaan van ernstig en blijvend letsel bij of overlijden van een naaste.

Voor 1 januari 2019 werd in uitzonderlijke gevallen een vergoeding op basis van immateriële schade aan derden toegewezen. Door derden (secundaire slachtoffers, zoals een naaste) werd getracht immateriële schade vergoed te krijgen op grond van een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW in combinatie met een van de situaties genoemd onder art. 6:106 lid 1 sub a of sub b BW.¹⁰³ Zo werd bijvoorbeeld in een geval waarin het oogmerk bestond om immateriële schade toe te brengen aan een derde ex art. 6:106 lid 1 onder a BW vergoeding van immateriële schade aan een derde toegekend.¹⁰⁴ Het relativiteitsvereiste in art. 6:163 BW is van zeer groot belang bij het bepalen van de onrechtmatigheid en dan met name bij

¹⁰¹ Zie hiervoor Verheij 2005, p. 205-211.

¹⁰² Stb. 2018, 133.

¹⁰³ Zie HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775 ; HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356 en HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213.

¹⁰⁴ HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775

shockschade zaken, zoals blijkt uit het Taxibus-arrest, waarin het confrontatiecriterium doorslaggevend is.

Niet alleen jegens het primaire slachtoffer moet onrechtmatig zijn gehandeld, maar ook jegens de derde die een vordering instelt. In shockschade zaken dient een gelaedeerde te bewijzen dat er sprake is van een waarneming van een ongeval of directe confrontatie met de ernstige gevolgen van dat ongeval.

Dit moet vervolgens hebben geleid tot een heftige emotionele shock, welke tot geestelijk letsel heeft geleid. Het geestelijk letsel moet een in de psychiatrie erkend ziektebeeld betreffen.¹⁰⁵

De ‘oude’ artikelen art. 6:107 en 6:108 BW hadden een exclusieve werking. Louter binnen de door deze bepalingen aangegeven marges had een derde recht op vergoeding van schade als gevolg van het letsel of overlijden van een ander.¹⁰⁶ Deze marges zijn met de komst van de nieuwe regeling aangepast, door in art. 6:107 en 6:108 BW expliciet een recht op vergoeding van affectieschade op te nemen.¹⁰⁷ Het hybride karakter van het aansprakelijkheidsrecht blijft met de wijziging van de artt. 6:107 en 6:108 BW gehandhaafd. De artt. 6:107 en 6:108 BW bieden op dit punt een naaste of nabestaande in zoverre een aantrekkelijke grondslag dat zij niet hoeven te bewijzen dat jegens hen een norm is geschonden, maar dat een normschending jegens de (primair) gekwetste toereikend is.¹⁰⁸ De artt. 6:107 en 6:108 BW hebben hiermee een zelfstandig karakter, maar moeten voor de vaststelling van de onrechtmatigheid terugvallen op art. 6:162 BW.

Een derde kan vanaf 1 januari 2019 naast een beroep op basis van art. 6:107 of 6:108 BW ook nog de weg via art. 6:162 BW (in combinatie met een van de situaties genoemd onder art. 6:106 lid 1 sub a of sub b BW) blijven volgen om een vordering tot vergoeding van immateriële schade in te stellen. De vraag is echter wel in hoeverre gerechtigden nog op basis van art. 6:162 BW een beroep zullen doen op vergoeding van immateriële schade. Zij hoeven immers op basis van art. 6:107 en 6:108 BW niet meer te bewijzen dat jegens hen onrechtmatig is gehandeld. Zij hoeven slechts te bewijzen dat onrechtmatig is gehandeld

¹⁰⁵ HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356.

¹⁰⁶ Hartlief e.a. 2018, p. 337.

¹⁰⁷ Hartlief e.a. 2018, p. 337.

¹⁰⁸ Lindenberg 2008b, p. 43.

jegens het primaire slachtoffer, in tegenstelling tot een vordering op basis van art. 6:162 BW, waarbij ook moet worden vastgesteld dat jegens het secundaire slachtoffer onrechtmatig is gehandeld.

Met de erkenning van het recht op vergoeding van affectieschade zal, zo wordt wel voorspeld, de druk op de shockschadevordering via de weg van art. 6:162 BW worden verminderd.¹⁰⁹

Dit wil echter niet zeggen dat een vordering op basis van 6:162 BW en dan met name in shockschade zaken zal verdwijnen. Voor derden bestaat de mogelijkheid om cumulatief een vordering tot vergoeding van affectieschade en shockschade instellen. Het financiële belang van het instellen van een vordering op basis van zowel affectieschade als shockschade voor een derde is gelegen in het feit dat een vordering op basis van vergoeding van shockschade anders dan het recht op affectieschade niet alleen op immateriële schade ziet, maar ook op vermogensschade.¹¹⁰ Derden worden dan immers als een direct slachtoffer aangemerkt, zodat aanspraak op meerdere schadeposten derhalve mogelijk is.¹¹¹

Art. 6:107 BW ziet op vergoeding van affectieschade na het ontstaan van ernstig en blijvend letsel bij een naaste, terwijl art. 6:108 BW ziet op vergoeding van affectieschade nabestaanden na overlijden van een naaste. Om te spreken van ernstig en blijvend letsel moet het gaan om een functieverlies van 70% of meer om voor vergoeding van affectieschade in aanmerking te komen. De hoogte van de vergoedingen voor affectieschade zijn vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur en passen in een forfaitair vergoedingsstelsel. Er is een kring van gerechtigden en er wordt onderscheid wordt gemaakt tussen ernstig en blijvend letsel of overlijden, de aard van de relatie en de ernst van de normschending. Echtgenoten, geregistreerd partners, levensgezellen, minderjarige kinderen, ouders en pleegkinderen en ouders krijgen de hoogste vergoeding, zoals is gebleken uit het forfaitair stelsel. Er gelden steeds treden van € 2.500. In laagste vergoeding begint bij € 12.500 en kan oplopen tot € 20.000. Op basis van art. 6:107 lid 3 BW kunnen bij algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld waarmee nader wordt bepaald wanneer letsel als ernstig en blijvend letsel wordt aangemerkt. Omdat de artt. 6:107 en 6:108 BW afgeleide vorderingen zijn van de primaire vordering, meestal op basis van art. 6:162 BW, zou de billijkheidscorrectie ex art. 6:101 BW ertoe kunnen leiden dat niet iedere naaste of nabestaande een (volledige) forfaitaire

¹⁰⁹ Emaus 2011, p. 11.

¹¹⁰ Hartlief e.a. 2018, p. 340.

¹¹¹ Hartlief e.a. 2018, p. 340.

vergoeding van affectieschade kan vorderen of dat een vergoeding naar beneden wordt bijgesteld.

Indien een ander persoon die ten tijde van de gebeurtenis in een zodanige nauwe persoonlijke relatie tot de gekwetste of overledene staat, dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hij voor de toepassing van art. 6:107 lid 1 BW jo. art. 6:108 lid 3 BW als naaste wordt aangemerkt, kan hij een beroep doen op vergoeding van affectieschade.

De hardheidsclausule biedt dus gerechtigden die in de eerder genoemde categorieën ‘buiten de boot’ vallen een mogelijkheid om alsnog vergoeding van affectieschade te kunnen vorderen.

3. Rechtsvergelijking: De vergoeding van immateriële schade aan derden/affectieschade in Frankrijk

In de toelichting van het wetsvoorstel omtrent de vergoeding van affectieschade wordt beschreven dat andere landen in Europa de weg voor de vergoeding van affectieschade al (geruime tijd) hebben opengesteld.¹¹² In dit hoofdstuk zal onderzocht worden hoe Frankrijk de vergoeding van immateriële schade/affectieschade in haar wettelijk stelsel heeft geregeld.

3.1 De vergoeding van affectieschade

Het Franse schadevergoedingsrecht is in de Code Civil geregeld. In de Code Civil is geen specifieke rechtsregel opgenomen voor de vergoeding van affectieschade (‘préjudice d’affection’). De Franse wet hanteert de term ‘dommage’, waarmee schade wordt bedoeld. Het begrip ‘schade’ wordt verder niet gedefinieerd.¹¹³ Dommage houdt kortgezegd in dat de schade in beginsel herstelbaar is. Hiermee wordt bedoeld op materiële schade.¹¹⁴ Immateriële schade wordt in het Franse recht in de doctrine en jurisprudentie beschreven als ‘préjudice’.¹¹⁵ Gerechtigden kunnen in het Franse recht hun vordering voor de vergoeding van affectieschade uitsluitend baseren op een onrechtmatige daad ex art. art 1240 Code Civil (hierna te noemen: CC). Een bijzondere wettelijke regeling voor affectieschade bestaat in het Franse recht niet. Art. 1240 CC betreft een herziening van het oude artikel 1382 CC. Voor het eerst sinds de invoering van de CC in 1804 vond per 1 oktober 2016 een grote herziening plaats van het verbintenissenrecht in het Franse recht. Artikel 1382 CC luidde als volgt: *“Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.”* Vertaald houdt dit kortgezegd in dat hij die door een daad, die hem kan worden toegerekend, een ander schade toebrengt, verplicht is deze schade te vergoeden.

¹¹² Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p. 2.

¹¹³ Verheij 2002, p. 43.

¹¹⁴ Viney & Jourdain, 2013, p. 4 ; Bacache-Gibeili 2015, sectie II.

¹¹⁵ Willmann 2014, p. 1312. ; Viney 2013, p. 4.

Het algemene onrechtmatige daadsartikel, nu artikel 1240 CC, laat zien dat er een grond voor vergoeding bestaat, indien er sprake is van een fout, een causaal verband en schade. De bedoelde schade moet onverwijld zijn geleden en de schade moet vaststaan.

Dit houdt in dat een derde moet aantonen dat hij door het letsel of overlijden van de gelaedeerde schade heeft geleden of zal gaan lijden.¹¹⁶

3.1.1 Overlijden en ernstig letsel

In het Franse recht kan een naaste of nabestaande bij letsel en overlijden van het slachtoffer een vordering tot vergoeding van affectieschade instellen.¹¹⁷ In geval van letsel dient het letsel zo ernstig te zijn dat dit heeft geleid tot buitengewoon verdriet van een naaste die een nauwe en affectieve band met de gelaedeerde heeft.¹¹⁸ Er dient dus sprake te zijn van immateriële schade, geleden door een derde. Het Franse recht bedoelt met immateriële schade (*préjudice moral*) ‘*de schade die geen aantasting van het vermogen oplevert, geen directe economische gevolgen heeft en derhalve niet direct vatbaar is voor geldelijke waardering.*’¹¹⁹ Voor de toekenning van immateriële schade is voldoende dat er sprake is van geestelijk letsel. Het is niet vereist dat er sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Louter is vereist dat het ontstane geestelijk letsel direct het gevolg is van de onrechtmatige handeling.¹²⁰

In het Franse recht wordt zelfs affectieschade vergoed in situaties waarin er geen sprake was van toegebracht letsel. De Franse rechter heeft in het kader van de vrijheid die hem is gegund affectieschade vergoed, zonder dat er sprake was van ernstig letsel of overlijden. Zo werd bijvoorbeeld een vordering tot vergoeding van affectieschade toegewezen aan een derde in een zaak, waarin aan de derde ten onrechte een bericht was verschaft dat een naaste was overleden. In een andere zaak werd vergoeding van affectieschade aan een moeder toegekend, nadat haar kind was ontvoerd en was getracht dit kind om het leven te brengen. Van verwonding noch doding was sprake.¹²¹ Ook werd vergoeding van affectieschade aan een eigenaar van een dier toegekend, dat onrechtmatig was gedood.¹²²

¹¹⁶ Rijnhout 2012, p. 86.

¹¹⁷ Civ. 22 oktober 1946, JCP 1946, II, jur. 3365; D. 1947, p. 59.

¹¹⁸ Civ. 22 oktober 1946, JCP 1946, II, jur. 3365; D. 1947, p. 59.

¹¹⁹ Jourdain 1998, p. 132.

¹²⁰ Van Dam 2006, p. 331.

¹²¹ Crim. 19 juni 1985, Bull. Crim. 1985, no. 236.

¹²² Civ. 1e 16 januari 1962, D. 1962, jur. p. 199 (obs. Rodière).

3.1.2 Kring der gerechtigden

Uit de Franse rechtspraak blijkt dat aan een ruime kring van gerechtigden, zowel bij overlijden als ernstige verwonding van een naaste, voor vergoeding van immateriële schade in aanmerking komt. De kring der gerechtigden is niet wettelijk vastgelegd.

Bepalend is de nauwe affectieve band die de derde in het concrete geval heeft met de gelaedeerde.¹²³ Om voor vergoeding van affectieschade in aanmerking te komen, dient een derde echter wel te bewijzen dat er een dergelijke nauwe affectieve band bestaat.¹²⁴ Ouders, kinderen, partners en andere derden die samenleven met de gelaedeerde behoren tot een groep gerechtigden waarvan wordt verondersteld dat zij affectieschade hebben geleden. Zij leven in een hechte familieverhouding met de gelaedeerde.¹²⁵ In Franse literatuur wordt terughoudend gereageerd op vorderingen tot vergoeding van affectieschade van derden die een relatie onderhouden met de gelaedeerde, temeer als dat vorderingen betreft van andere personen dan naasten.¹²⁶ Ook aan overige naasten en nabestaanden worden geen zware eisen gesteld worden voor het aannemen van affectieschade. Zelfs voor een persoon met wie de gelaedeerde een buitenechtelijke relatie heeft of had bestaat de mogelijkheid om een vergoeding van affectieschade te vorderen, mits er sprake is van een stabiele relatie.¹²⁷ Nabestaanden komen als gerechtigde in aanmerking voor vergoeding van affectieschade, indien tussen hen en de gelaedeerde een ‘persoonlijke en rechtstreekse, zekere en rechtmatige relatie’ bestond.¹²⁸ Indien een naaste of nabestaande een vordering tot vergoeding van affectieschade instelt, wordt de aansprakelijke partij nog wel de kans geboden om tegenbewijs te leveren voor het ontkrachten dat er sprake is van affectieschade. Degene die de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft veroorzaakt, kan zich evenals in het Nederlandse recht beroepen op eigen schuld van het slachtoffer.¹²⁹

In de Franse literatuur is veel kritiek geuit op de huidige regeling voor vergoeding van

¹²³ De Haas & Hartlief 1998, p. 22-23.

¹²⁴ Civ. 22 oktober 1946, JCP 1946, II, jur. 3365; D. 1947, p. 59; Crim. 9 februari 1989, D. 1989, 614 (comm. Bruneau).

¹²⁵ Civ. 22 oktober 1946, JCP 1946, II, jur. 3365; D. 1947, p. 59; Crim. 9 februari 1989, D. 1989, 614 (comm. Bruneau).

¹²⁶ Rijnhout 2012, p. 94.

¹²⁷ Verheij 2002, p. 219.

¹²⁸ Collignon-Smit Sibinga 2006, p. 273.

¹²⁹ Cass. Ass. Plén., 16 juni 1981, JCP 1982, II, 19712.

affectieschade aan derden. Gesteld wordt dat de kring der gerechtigden te ruim is opgesteld en dat criteria voor de vergoeding van affectieschade aan verdere naasten en nabestaanden beperkt dienen te worden.

Verder wordt gesteld dat er geen vergoeding voor affectieschade moet worden toegekend, wanneer er louter sprake is van vermoedens. De gedachte hierachter is dat derden niet mogen worden verrijkt door ongelukken van naasten, daar verdriet niet in geld is uit te drukken en dat processen zo uit kunnen monden in onsmakelijke procespraktijken.¹³⁰

3.1.3 Hoogte vergoeding

Ondanks de vele kritiek in de Franse literatuur, heeft de Franse rechter op grond van de onrechtmatige daad, zoals is opgenomen in de CC, ruime vergoedingen toegekend aan naasten en nabestaanden voor de door hen geleden affectieschade.¹³¹ Hierdoor is een vordering tot vergoeding van shockschade nauwelijks tot ontwikkeling gekomen.¹³² Het Franse recht stelt niet als vereiste dat een naaste direct getuige moet zijn van de schadeveroorzakende gebeurtenis of dat de geleden schade door de derde moet zijn gelegen in een medisch erkende psychische stoornis. Het beginsel van volledige schadevergoeding werkt ook door in het Franse recht.¹³³ De hoogte van de vergoeding is niet wettelijk vastgesteld. Aan de Franse rechter is derhalve veel vrijheid toegekend voor het bepalen van de hoogte van vergoedingen voor affectieschade.¹³⁴ De hoogte van de vergoeding hangt af van de mate van affectie die de derde heeft met de gelaedeerde en varieert tussen de € 9.000 en € 20.000. Op deze bedragen zijn wel uitzonderingen gemaakt.¹³⁵ Degene die de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft veroorzaakt, kan zich wel beroepen op eigen schuld van het slachtoffer, waardoor een vergoeding voor affectieschade lager kan uitvallen.¹³⁶

3.2 Conclusie

In het Franse recht is de vergoeding van affectieschade aan naasten en nabestaanden

¹³⁰ De Haas & Hartlief 1998, p. 35.

¹³¹ Verheij 2002, p. 214.

¹³² De Haas & Hartlief 1998, p. 36-37.

¹³³ Moréteau 2015, p. 44.

¹³⁴ Verheij 2002, p. 221.

¹³⁵ Collignon-Smit Sibinga 2006, p. 273.

¹³⁶ Collignon-Smit Sibinga 2006, p. 273.

ontwikkeld in de rechtspraak. Een bijzondere wettelijke regeling in de zin van art. 6:107 BW en 6:108 BW bestaat in het Franse recht niet. Gerechtigden dienen hun vordering te baseren op een onrechtmatige daad ex art. 1240 CC.

In het Nederlandse recht is een vordering tot vergoeding van immateriële schade aan derden op grond van een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW alleen in zeer uitzonderlijke gevallen mogelijk. Bovendien dient een derde, zoals besproken in hoofdstuk 2, zijn vordering op basis van een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW te combineren met een van de situaties genoemd onder art. 6:106 lid 1 sub a of sub b BW. In het Franse recht is alleen een beroep van een gerechtigde op een onrechtmatige daad ex art. 1240 CC tot vergoeding van affectieschade voldoende. De weg tot de vergoeding van affectieschade staat in het Franse recht open voor naasten en nabestaanden. In geval van letsel en overlijden kan er dus een vordering worden ingesteld, waarbij het letsel moet hebben geleid tot buitengewoon verdriet van een naaste die een nauwe en affectieve band met de gelaedeerde heeft.¹³⁷

Een gefixeerde kring der gerechtigden zoals in het Nederlandse recht bestaat in het Franse recht niet. Een vordering tot vergoeding van shockschade is nauwelijks tot ontwikkeling gekomen, aangezien affectieschade al snel wordt aangenomen.¹³⁸ In het Nederlandse recht wordt wel onderscheid gemaakt tussen affectieschade en shockschade. Het Franse recht stelt niet als vereiste dat een naaste direct getuige moet zijn van de schadeveroorzakende gebeurtenis of dat de geleden schade door de derde moet zijn gelegen in een medisch erkende psychische stoornis.¹³⁹ In geval van affectieschade stelt het Nederlandse recht ook niet als vereiste dat er voldaan moet zijn aan het confrontatiecriterium, in geval van shockschade wel.

De Franse rechter heeft in het kader van de vrijheid die hem is gegund een vergoeding van affectieschade toegekend aan derden, zonder dat er sprake was van ernstig letsel. In het Nederlandse recht wordt alleen affectieschade vergoed als er sprake is van ernstig en blijvend letsel of overlijden bij of van een naaste. De hoogte van de toe te kennen vergoeding hangt in het Franse recht af van de mate van de affectieve band die de derde heeft met de gelaedeerde en varieert tussen de € 9.000 en € 20.000. Op deze bedragen zijn wel uitzonderingen geweest.¹⁴⁰ Nederland kent een forfaitair stelsel voor wat betreft de hoogte van de

¹³⁷ Civ. 22 oktober 1946, JCP 1946, II, jur. 3365; D. 1947, p. 59.

¹³⁸ De Haas & Hartlief 1998, p. 36-37.

¹³⁹ Van Dam 2006, p. 331.

¹⁴⁰ Collignon-Smit Sibinga 2006, p. 273.

schadevergoedingen voor affectieschade en begint bij € 12.500 en kan oplopen tot € 20.000.¹⁴¹

Een beroep op eigen schuld van het slachtoffer door de laedens kan ervoor zorgen dat een vergoeding voor affectieschade, evenals in het Nederlandse recht, lager kan uitvallen.¹⁴²

¹⁴¹ Colliginon-Smit Sibinga 2006, p. 273.

¹⁴² Colliginon-Smit Sibinga 2006, p. 273.

4. Rechtsvergelijking: De vergoeding van immateriële schade aan derden/affectieschade in Engeland

Engeland kent naast Frankrijk al geruime tijd een mogelijkheid tot vergoeding van affectieschade aan naasten in haar wettelijk stelsel. In dit hoofdstuk wordt beschreven op welke wijze in Engeland de vergoeding van affectieschade is geregeld.

4.1 De vergoeding van affectieschade

Engeland heeft een Common Law rechtssysteem. Dit houdt kortgezegd in dat men zich in het Engelse recht veelal beroept op jurisprudentie, in plaats van vaststaande wettelijke grondslagen. Engeland kent sinds 1982 immateriële schadevergoedingsregels, door wijziging van de Fatal Accidents Act 1976 (hierna te noemen: FAA 1976). Het Engelse aansprakelijkheidsrecht wordt gevormd door vele in de rechtspraak ontwikkelde ‘torts’ (onrechtmatige daden), welke allen een juridisch karakter hebben. Op grond van deze zogenaamde torts kan iemand jegens een schadeveroorzaker bepaalde juridische acties instellen.¹⁴³ De ‘tort of negligence’ is de belangrijkste rechtsgrondslag in het Engelse aansprakelijkheidsrecht. Deze desbetreffende tort ziet op de vergoeding van schade, welke is ontstaan door nalatigheid dan wel onzorgvuldigheid.

4.1.1 Overlijden

Op grond van de FAA 1976 kan smartengeld worden uitgekeerd aan gerechtigden. Naasten hebben op grond van het Engelse recht tot op heden alleen recht op vergoeding van affectieschade naar aanleiding van het overlijden van de gelaedeerde. Ingeval van (ernstig) letsel bij een naaste wordt er dus geen smartengeld toegekend.¹⁴⁴ Nabestaanden dienen hun vordering voor de vergoeding van affectieschade te baseren op de ‘bereavement damages’, die zijn vastgelegd in Section 1A sub 1 FAA 1976.

¹⁴³ Verheij 2002, p. 51.

¹⁴⁴ Zie bijlage 3 (Section 1A FAA 1976)

Hierin staat vermeld dat men het recht heeft om, in geval van overlijden van een naaste als gevolg van onrechtmatig handelen door een ander, een schadevergoeding te vorderen. De ‘bereavement damages’ hebben een symbolische functie van maatschappelijke erkenning van het leed van de benadeelden.¹⁴⁵

4.1.2 Kring der gerechtigden

De FAA 1976 ziet voornamelijk op de vergoeding van materiële schade door derving van levensonderhoud na overlijden van de gelaedeerde. De Act spreekt hiernaast ook van ‘*damages for grief and loss of the guidance, care or companionship of the deceased person*’, oftewel affectieschade. Het doel van de vergoeding is om het verdriet te compenseren voor de overleden gelaedeerde, maar ook voor het verlies van de zorg door de overledene, de begeleiding en het samenleven met de overledene. In de FAA 1976 is de kring der gerechtigden opgenomen.¹⁴⁶

Blijkens Section 1A lid 2 FAA 1976 is de kring der gerechtigden limitatief en niet ruim te noemen. De weg voor de aanspraak op vergoeding van affectieschade na daadwerkelijk overlijden van de gelaedeerde is alleen opengesteld voor de getrouwde ouder(s) of ongehuwde moeder van een overleden minderjarig kind dat nog niet getrouwd was of de echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner van de overleden gelaedeerde. De huwelijkspartner en de ouders van de gelaedeerde zijn niet tezamen, maar alternatief gerechtigd. Een aantal groepen personen, waarvan het aannemelijk is dat zij dicht bij de overleden gelaedeerde stonden, vallen buiten deze kring der gerechtigden. Te denken valt aan ouders van meerderjarige kinderen, broers of zusters, of de ongehuwde vader van een minderjarig kind. Zelf een kind dat een of beide ouders verliest heeft op grond van het Engels recht geen recht op vergoeding van Bereavement Damages. De gedachtegang die hierin ligt gelegen is dat het kind sowieso financieel gecompenseerd zal worden wegens het financiële verlies en de afhankelijkheid waarin het kind zich tot de ouder(s) bevindt, waardoor extra betaling niet nodig zal zijn.¹⁴⁷ De kring der gerechtigden is zo beperkt mogelijk gehouden, zodat de rechter niet de kwaliteit van de affectieve band hoeft te onderzoeken.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Law Commission's report no. 263, par. 2.66-2.67 (1999) geraadpleegd via <<http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc263.pdf>> op 4 februari 2019.

¹⁴⁶ De Haas & Hartlief 1998, p. 14.

¹⁴⁷ <<http://www.dca.gov.uk/consult/damages/cp0907.pdf>> geraadpleegd op 4 februari 2019.

¹⁴⁸ Verheij 2002, p. 223-228.

De nabestaanden die als gerechtigden worden aangemerkt, behoeven niet aan te tonen dat zij lijden aan bereavement damages.

4.1.3 Hoogte vergoeding

Engeland hanteert voor de vergoeding van affectieschade aan de gerechtigden het systeem van een gefixeerde schadevergoeding. De hoogte van de vergoeding voor affectieschade is vastgesteld op £ 10.000 (ruim € 11.000). Indien ouders gezamenlijk als gerechtigden worden aangewezen, kunnen zij niet beiden het genoemde bedrag volledig als schadevergoeding vorderen. Zij dienen dit bedrag naar evenredigheid te delen.¹⁴⁹ In een gerechtelijke procedure behoeft de nabestaande zijn pijn en verdriet niet te bewijzen. Dit feit verklaart ook waarom in het Engelse recht niet is gekozen voor hogere vergoedingen, het zou dan immers niet te rechtvaardigen zijn dat de nabestaande zijn pijn en verdriet niet zou hoeven te bewijzen.¹⁵⁰ Indien de gelaedeerde eigen schuld aan de schade heeft, kan dit wel tegengeworpen worden aan de gerechtigden en zal de vergoeding naar beneden zal worden bijgesteld.¹⁵¹

Naast affectieschade wordt in het Engelse recht in bepaalde gevallen shockschade ('nervous shock') vergoed aan derden op basis van de jurisprudentie. De grondslag voor schadevergoeding naar aanleiding van shockschade is veelal de eerder genoemde 'tort of negligence'. Tussen affectieschade en shockschade wordt in het Engelse recht een duidelijk onderscheid gemaakt. Nervous shock omvat schade welke is ontstaan door beïnvloeding van iemands geestelijke gesteldheid als gevolg van een externe omstandigheid.¹⁵² Verschillende soorten schade kunnen ontstaan ten gevolge van nervous shock. Zo kan er bijvoorbeeld lichamelijk letsel ontstaan, zoals een hartaanval of beroerte als gevolg van een nervous shock. Tevens kan psychisch letsel ontstaan, bijvoorbeeld door een neurose, depressie of histerie en ook psychosomatische ziekten kunnen hieronder vallen. Daarbij kan worden gedacht aan psychosomatische effecten van psychisch letsel, zoals verlamming. In beginsel is het in een procedure noodzakelijk dat men medische verklaringen overlegt, om aan te tonen dat er sprake is van een geestesziekte.¹⁵³

¹⁴⁹ 3 FAA section 1A lid 4.

¹⁵⁰ Verheij 2002, p. 223-228.

¹⁵¹ Verheij 2002, p. 225-228.

¹⁵² Kottenhagen 2010, 41, p. 8.

¹⁵³ Cane 2006, p. 85.

Indien men een vordering wenst in te stellen op grond van de tort negligence dient er voldaan te zijn aan een aantal vereisten, namelijk: ‘duty of care’, dit houdt in dat er een zorgvuldigheidsverplichting op de aansprakelijk gestelde partij rust. Tevens dient deze zorgvuldigheidsverplichting te zijn geschonden (‘breach of duty’). Daarnaast dient er een causaal verband aanwezig te zijn tussen de geschonden zorgvuldigheidsverplichting en de geleden schade (‘causation’) en ten slotte dient er sprake te zijn van schade (‘damages’).¹⁵⁴

Derden hebben de mogelijkheid om tegelijkertijd met een vordering tot vergoeding van affectieschade ook vergoeding van shockschade te vorderen. De toekenning van vergoeding van affectieschade beïnvloedt niet de vergoeding voor affectieschade van een derde en andersom.¹⁵⁵

4.2 Conclusie

Het Engelse aansprakelijkheidsrecht wordt gevormd door vele in de rechtspraak ontwikkelde ‘torts’ (onrechtmatige daden), welke allen een juridisch karakter hebben.¹⁵⁶ In Engeland heeft de vergoeding van affectieschade zich veelal ontwikkeld in de jurisprudentie. Toegespitst op het Nederlandse recht kent Engeland geen regeling in de zin van art. 6:107 BW, aangezien er in geval van ernstig letsel er geen affectieschade wordt vergoed. Het Engelse recht kent daarnaast geen regeling in de zin van art. 6:162 BW in combinatie met een van de situaties genoemd onder art. 6:106 lid 1 sub a of sub b BW.

In Section 1A van de FAA 1976 wordt de vergoeding van affectieschade genoemd. De FAA 1976 betreft een bijzondere regeling en betreft een vergelijkbare regeling met het Nederlandse recht (art. 6:108 BW). Section 1A van de FAA 1976 betreft immers een specifieke regeling, waarin wordt geregeld dat een nabestaande recht heeft op een vergoeding van affectieschade, als een naaste is overleden. Art. 6:108 BW betreft een vaste wettelijke regeling, terwijl Section 1A van de FAA 1976 is ontstaan door de torts, die ontwikkeld zijn in de rechtspraak.

Uitsluitend de partner en ouders in het geval de gelaedeerde minderjarig is, worden tot de gerechtigden gerekend. Zij dienen de schadevergoeding te delen, als zij aanspraak wensen te

¹⁵⁴ Verheij 2002, p. 150-151.

¹⁵⁵ Law’s Commission, Consultation Paper no. 148, p. 96.

¹⁵⁶ Verheij 2002, p. 51.

maken op een vergoeding van affectieschade. Het Nederlandse kent een ruimere groep van gerechtigden met een hardheidsclausule, zoals besproken in hoofdstuk 2.

De Engelse rechter hoeft niet de kwaliteit van de affectieve band te onderzoeken, overeenkomstig het uiteindelijke doel van de vergoeding van affectieschade, namelijk erkenning van verdriet en genoegdoening. Dit komt overeen met het Nederlandse recht, aangezien het voldoende is om aan te tonen dat er onrechtmatig is gehandeld jegens een derde. Een vergoeding voor affectieschade zal in Engeland maximaal € 11.000 bedragen.¹⁵⁷ De laagste vergoeding voor affectieschade begint in het Nederlandse recht bij € 12.500 en kan oplopen tot € 20.000.

Naast de vergoeding van affectieschade bestaat de mogelijkheid zowel in het Nederlandse recht als in het Engelse recht om shockschade vergoed te krijgen. Deze twee vormen van immateriële schadevergoeding aan derden kunnen cumulatief worden toegepast. Voor vergoeding van shockschade moet een derde in het Engelse recht kunnen aantonen met medische verklaringen dat er sprake is van een geestesziekte.¹⁵⁸ Dit correspondeert met het Nederlandse recht. In het Taxibus-arrest is immers ook bepaald dat het moet gaan om een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.¹⁵⁹

Wanneer de gelaedeerde eigen schuld aan de schade heeft, kan dit wel tegengeworpen worden aan de gerechtigden en zal een vergoeding voor affectieschade naar beneden worden bijgesteld. Dit komt overeen met het Nederlandse recht. In het Nederlandse recht zou eigen schuld ertoe kunnen leiden dat niet iedere naaste of nabestaande een (volledige) forfaitaire vergoeding van affectieschade kan vorderen of dat een vergoeding naar beneden wordt bijgesteld ex artt. 6:101, 6:107 lid 5 en 6:108 lid 5 BW.

¹⁵⁷ 3 FAA section 1A lid 4.

¹⁵⁸ Cane 2006, p. 85.

¹⁵⁹ HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356.

5. Rechtsvergelijking: De vergoeding van immateriële schade aan derden/affectieschade in Duitsland

Duitsland kent nog maar recent een wettelijke regeling voor de vergoeding van affectieschade. De totstandkoming van deze regeling is in Duitsland erg snel verlopen. Het concept van het wetsvoorstel dateert van 23 december 2016. Binnen vijf maanden werd het wetsvoorstel unaniem aangenomen.¹⁶⁰ De onmiddellijke aanleiding om vergoeding voor affectieschade in te voeren is de crash van Germanwings 9525 op 24 maart 2015. Door opzettelijk handelen van een copiloot kwamen alle 150 inzittenden van het vliegtuig om het leven. Hoewel hiertoe geen wettelijke verplichting bestond, keerde Lufthansa wel aan iedere nabestaande bedragen uit voor vergoeding van affectieschade.¹⁶¹ Daarnaast heeft de aanslag op de kerstmarkt in Berlijn op 19 december 2016 meegespeeld in de keuze voor het opnemen van een wettelijke mogelijkheid tot vergoeding van affectieschade.¹⁶² In dit hoofdstuk zal aan bod komen hoe Duitsland het wettelijk stelsel ten aanzien van affectieschade heeft ingericht.

5.1 Vergoeding van affectieschade

Het Duitse aansprakelijkheidsrecht wordt geregeld in het Bürgerliches Gesetzbuch. Blijkens par. 253 I van het Bürgerliches Gesetzbuch (hierna te noemen: BGB), heeft men alleen recht op smartengeld, indien daarvoor een wettelijke grondslag bestaat. In par. 253 II BGB wordt bepaald dat het recht op smartengeld bestaat, in geval van aantasting van de fysieke integriteit, gezondheid, vrijheid en seksuele zelfbestemming. In het Duitse aansprakelijkheidsrecht is het uitgangspunt dat alleen degene die in een rechtsgoed is aangetast het recht heeft op een schadevergoeding. Een uitzondering volgt in par. 844 BGB. Op basis van dit artikel komt ook aan een derde jegens wie de overledene onderhoudsplichtig was, recht op vergoeding van hun vermogensschade toe.

Duitsland kent ook vergoeding voor shockschade (schockschaden). Er moet dan sprake van een aantasting van de gezondheid, welke medisch vast te stellen is. In par. 253 II BGB wordt de aantasting van gezondheid genoemd als rechtsgoed, dat het recht geeft op smartengeld.

¹⁶⁰ Verheij 2017, p. 1816.

¹⁶¹ <<https://www.rp-online.de/>>, geraadpleegd op 20 juni 2019, zoek op: "Germanwings absturz das doppelte leid der angehörigen"

¹⁶² <<https://www.tagesschau.de/>>, geraadpleegd op 20 juni 2019, zoek op: "Geld für Hinterbliebene wird verdreifacht"

Een vordering tot vergoeding van shockschade kan ook door een derde worden ingesteld, door zich te beroepen op par. 253 II BGB. Het shockschadeslachtoffer zal feitelijk een derde zijn ('drittverletzung'), maar juridisch gezien niet, aangezien er geen sprake is van derdenschade ('drittschaden').¹⁶³ Men kan in het Duitse recht geen vordering tot vergoeding van affectieschade instellen op grond van par. 253 II BGB, daar er ingeval van affectieschade geen sprake is van aantasting van een rechtsgoed ex par. 253 II BGB en affectieschade wel een vorm van derdenschade is (drittschaden).¹⁶⁴

In het Duitse recht is de vergoeding van affectieschade in het BGB opgenomen door een derde lid op te nemen par. 844 BGB.¹⁶⁵ De bepaling luidt als volgt: *“der Ersatzpflichtige hat dem Hinterbliebenen, der zur Zeit der Verletzung zu dem Getöteten in einem besonderen persönlichen Näheverhältnis stand, für das dem Hinterbliebenen zugefügte seelische Leid eine angemessene Entschädigung in Geld zu leisten. Ein besonderes persönliches Näheverhältnis wird vermutet, wenn der Hinterbliebene der Ehegatte, der Lebenspartner, ein Elternteil oder ein Kind des Getöteten war.”*

5.1.1 Overlijden

In Duitsland hebben naasten tengevolge van par. 844 III BGB alleen recht op vergoeding van affectieschade naar aanleiding van het overlijden van de gelaedeerde. Ingeval van (ernstig) letsel bij een naaste wordt er dus geen smartengeld toegekend.

5.1.2 Kring der gerechtigden

In het Duitse wettelijk stelsel is er geen sprake van een gefixeerde kring der gerechtigden. In par. 844 III BGB wordt alleen bepaald dat de persoon die tot schadevergoeding gehouden is, aan de nabestaande, die ten tijde van de verwonding van de overleden persoon een bijzondere persoonlijke band heeft met deze persoon, een geldbedrag zal voldoen voor het

¹⁶³ BVerfG NJW 8 maart 2000, p. 2187.

¹⁶⁴ Zusammenfassung der Stellungnahmen des Deutschen Anwaltvereins zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld, april 2017, p. 3, geraadpleegd op 2 april 2019 via <https://www.bundestag.de/resource/blob/503282/468e54d013c51cdc34b4b2909a711096/dav_maier-reimer-data.pdf>

¹⁶⁵ Par. 844 III luidt als volgt: *‘Der Ersatzpflichtige hat dem Hinterbliebenen, der zur Zeit der Verletzung zu dem Getöteten in einem besonderen persönlichen Näheverhältnis stand, für das dem Hinterbliebenen zugefügte seelische Leid eine angemessene Entschädigung in Geld zu leisten. Ein besonderes persönliches Näheverhältnis wird vermutet, wenn der Hinterbliebene der Ehegatte, der Lebenspartner, ein Elternteil oder ein Kind des Getöteten war.’*

psychologische lijden dat aan de nabestaande is aangedaan.

Er wordt verondersteld dat er een bijzondere persoonlijke band bestaat tussen de overledene en echtgeno(o)t(e), levenspartner, een ouder of een kind. Andere nabestaanden kunnen affectieschade claimen, indien zij kunnen aantonen dat zij een bijzonder persoonlijke band hadden met de overledene. Op grond van par. 846 BGB wordt de eigen schuld van de overledene eveneens aan de gerechtigde tegengeworpen voor het vaststellen van de aansprakelijkheid.

5.1.3 Hoogte vergoeding

Duitsland hanteert voor de vergoeding van affectieschade aan de gerechtigden geen systeem van een gefixeerde schadevergoeding. De Duitse wetgever is van mening dat de hoogte van de vergoedingen voor affectieschade lager dienen te liggen dan de hoogte van de vergoedingen die de rechter op grond van shockschade toekent. De gedachte hierachter is dat er bij shockschade sprake is van een geschonden rechtsgoed en daarom de vergoedingen hoger dienen te liggen.¹⁶⁶ De rechter kent wegens shockschade gemiddeld bedragen van € 10.000 toe.¹⁶⁷ Daarmee lijkt de richtlijn voor de vergoeding van affectieschade rond (maximaal) € 10.000 euro te liggen. Wagner is van mening dat een richtlijn van € 10.000 adequaat is, maar vindt dat de omstandigheden van het geval mee moeten worden genomen in het bepalen van het bedrag, zodat omstandigheden ook tot een verhoging kunnen leiden.¹⁶⁸ Een schrijnend voorbeeld is de situatie waarbij ouders meerdere kinderen verliezen door een ongeval. In dergelijke gevallen worden bij de vergoeding van shockschade ook bedragen toegekend die hoger liggen dan € 10.000.¹⁶⁹ Ingeval er sprake is van zowel shockschade als affectieschade, wordt uitsluitend een vergoeding uitgekeerd op basis van shockschade. Voor de benadeelde bestaat niet de mogelijkheid om cumulatief een vergoeding van affectieschade en shockschade te vorderen. De benadeelde heeft derhalve alleen recht op vergoeding van het hogere bedrag ter compensatie van de shockschade. Shockschade wordt hiermee gezien als een ernstige vorm van affectieschade.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Deutscher Bundestag 18. Wahlperiode, *Drucksache* 18/11397, 7 maart 2017, p. 13

¹⁶⁷ Deutscher Bundestag 18. Wahlperiode, *Drucksache* 18/11397, 7 maart 2017, p. 10.

¹⁶⁸ G. Wagner, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU en SPD Deutscher Bundestag 18. Wahlperiode, *Drucksache* 18/11397, 7 maart 2017, p. 13.

¹⁶⁹ OLG Nürnberg 1 augustus 1995.

¹⁷⁰ Deutscher Bundestag 18. Wahlperiode, *Drucksache* 18/11397, 7 maart 2017, p. 11.

5.2 Conclusie

Op basis van par. 844 III BGB is anders dan in het Nederlandse recht vergoeding van affectieschade alleen in geval van overlijden mogelijk. Par. 844 III BGB is corresponderend met art. 6:108 BW. Een regeling in de zin van art. 6:107 BW kent het Duitse recht niet, aangezien er in het geval van (ernstig) letsel geen mogelijkheid tot vergoeding van affectieschade bestaat. Daarnaast kent Duitsland geen regeling voor vergoeding van affectieschade die vergelijkbaar is met de regeling in de zin van art. 6:162 BW in combinatie met een van de situaties genoemd onder art. 6:106 lid 1 sub a of sub b BW. Wel kent het Duitse recht evenals het Nederlandse recht vergoeding van shockschade op basis van par. 253 II.

Er wordt geen gefixeerde kring der gerechtigden gehanteerd zoals in het Nederlandse recht. Er dient wel een bijzondere persoonlijke band te bestaan met het slachtoffer.¹⁷¹ Duitsland kent geen vaste bedragen toe. De hoogte van de vergoedingen zullen in het merendeel niet meer dan € 10.000 bedragen.¹⁷² Een vergoeding voor affectieschade start in het Nederlandse recht bij € 12.500 en kan oplopen tot € 20.000. Een vordering op basis van affectieschade wordt niet cumulatief met een vergoeding voor shockschade toegepast. In het Nederlandse recht kunnen deze twee vorderingen wel cumulatief worden toegepast. Voor vergoeding van shockschade moet er sprake zijn van aantasting van de gezondheid, welke medisch vast te stellen is.¹⁷³ Dit komt overeen met het Nederlandse recht, aangezien er voor vergoeding van shockschade sprake moet zijn van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.¹⁷⁴

Op basis van par. 846 BGB kan de eigen schuld van de overledene overeenkomstig met het Nederlandse recht aan de gerechtigde worden tegengeworpen voor het vaststellen van de aansprakelijkheid. De vergoeding voor affectieschade kan hiermee lager uitvallen. In het Nederlandse recht zou eigen schuld ertoe kunnen leiden dat niet iedere naaste of nabestaande een (volledige) forfaitaire vergoeding van affectieschade kan vorderen of dat een vergoeding naar beneden wordt bijgesteld ex artt. 6:101, 6:107 lid 5 en 6:108 lid 5 BW.

¹⁷¹ Zie par. 844 III BGB.

¹⁷² Deutscher Bundestag 18. Wahlperiode, *Drucksache* 18/11397, 7 maart 2017, p. 10.

¹⁷³ Zie par. 253 II BGB.

¹⁷⁴ HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356.

6. Conclusie

In beginsel bestond in het Nederlandse recht er tot 1 januari 2019 vrijwel geen mogelijkheid voor derden om vergoeding van immateriële schade te vorderen. Uitsluitend in zeer uitzonderlijke gevallen werd een vergoeding op basis van immateriële schade aan derden vergoed.

Op basis van een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW in combinatie met een van de situaties genoemd onder art. 6:106 lid 1 sub a of sub b BW werd door derden getracht immateriële schade vergoed te krijgen.¹⁷⁵ Zo werd in een zaak immateriële schade aan een derde vergoed, waarin het oogmerk bestond om immateriële schade toe te brengen aan een derde ex art. 6:106 lid 1 onder a BW.¹⁷⁶ Ook werd immateriële schade in een zaak bij uitzondering aan een derde vergoed waarin werd gehandeld in strijd met regels hetgeen volgens ongeschreven recht in maatschappelijk betaamde of een aantasting van een persoon.¹⁷⁷ Het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW was van zeer groot belang bij het bepalen van de onrechtmatigheid en dan met name bij shockschade zaken, waarin het confrontatiecriterium doorslaggevend is. Niet alleen jegens het primaire slachtoffer moet onrechtmatig zijn gehandeld, maar ook jegens de derde die een vordering instelt. In shockschade zaken dient een gelaedeerde te bewijzen dat er sprake is van een waarneming van een ongeval of directe confrontatie met de ernstige gevolgen van dat ongeval. Dit moet vervolgens hebben geleid tot een heftige emotionele shock, welke tot geestelijk letsel heeft geleid. Het geestelijk letsel moet een in de psychiatrie erkend ziektebeeld betreffen.¹⁷⁸

Naar aanleiding van onder andere het onderzoek van Akkermans c.s. werd duidelijk dat naasten en nabestaanden behoefte hebben aan vergoeding van affectieschade.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Zie HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775 ; HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356 en HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213.

¹⁷⁶ HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775

¹⁷⁷ HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213.

¹⁷⁸ HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356.

¹⁷⁹ Akkermans e.a. 2008, p. 13.

De vergoeding van affectieschade wordt van belang geacht als een vorm van erkenning van het verlies en het leed dat slachtoffers en hun naasten door de schade veroorzakende gebeurtenis is toegebracht.¹⁸⁰ Het heeft derhalve een symbolisch karakter, aangezien zij geen compensatie kan bieden voor het leed en verdriet van een naaste of nabestaande.

De wet tot de vergoeding van affectieschade heeft in het Nederlandse recht zijn intrede gedaan per 1 januari 2019.¹⁸¹ Door het wijzigen van de artikelen 6:107 BW en 6:108 BW is een wettelijke grondslag gecreëerd in het BW, zodat voor een derde vanaf 1 januari 2019 de mogelijkheid bestaat om een vordering tot vergoeding van affectieschade in te stellen na het ontstaan van ernstig en blijvend letsel bij of overlijden van een naaste. Derden hoeven niet te bewijzen dat onrechtmatig is gehandeld jegens hen. Het hybride karakter van deze artikelen blijft met de wijziging van de artt. 6:107 en 6:108 BW gehandhaafd. De artt. 6:107 en 6:108 BW bieden een naaste of nabestaande een aantrekkelijke grondslag dat zij niet hoeven te bewijzen dat jegens hen een norm is geschonden, maar dat een normschending jegens de (primair) gekwetste toereikend is.¹⁸² De artt. 6:107 en 6:108 BW hebben hiermee een zelfstandig karakter, maar moeten voor de onrechtmatigheid jegens het primaire slachtoffer veelal terugvallen op art. 6:162 BW.

Een derde kan naast een vordering op basis van art. 6:107 of 6:108 BW tevens de weg via art. 6:162 BW (al dan niet in combinatie met een van de situaties genoemd onder art. 6:106 lid 1 sub a of sub b BW) volgen om een vordering tot vergoeding van (im)materiële schade in te stellen. Mijns inziens zullen derden sneller een beroep doen op basis van art. 6:107 en 6:108 BW, dan op basis van art. 6:162 BW. Zij hoeven dan immers niet meer te bewijzen dat jegens hen onrechtmatig is gehandeld, in tegenstelling tot een vordering op basis van art. 6:162 BW. In dat geval moet immers wel aangetoond worden dat een laedens onrechtmatig heeft gehandeld jegens een derde. Naar verwachting zal met de erkenning van het recht op vergoeding van affectieschade de druk op specifiek de shockschadevordering bij verkeersongevallen via de weg van art. 6:162 BW afnemen.¹⁸³ Derden hebben zonder te stuiten op de lastige vereisten voor vergoeding van shockschade nu immers zonder meer recht op smartengeld.

¹⁸⁰ *Kamerstukken I* 2002/03, 28 781, nr. 1-2.

¹⁸¹ Stb. 2018, 133.

¹⁸² Lindenberg 2008b, p. 43.

¹⁸³ Emaus 2011, p. 11.

Het financiële belang van het instellen van een vordering op basis van affectieschade én shockschade voor een derde blijft gelegen in het feit dat een vordering op basis van vergoeding van shockschade anders dan het recht op affectieschade niet alleen op immateriële schade ziet, maar ook op vermogensschade. Derden worden dan immers als een direct slachtoffer aangemerkt, zodat aanspraak op meerdere schadeposten derhalve mogelijk is.¹⁸⁴

Zoals uit de vorige hoofdstukken is gebleken, kent het Nederlandse, Franse, Engelse en Duitse recht een eigen wet- en regelgeving omtrent de vergoeding van immateriële schade aan derden. Aan de hand van het gedane literatuur- en jurisprudentieonderzoek kan een antwoord worden gegeven op de centrale onderzoeksvraag: *"In hoeverre wijkt het Nederlandse recht na de wetswijziging van 1 januari 2019 zowel op basis van art. 6:162 BW als de artt. 6:107 en 6:108 BW nog af van het Franse, Engelse en Duitse recht omtrent de vergoeding van immateriële/affectieschade aan naasten en nabestaanden?"*

In andere Europese landen was de vergoeding van affectieschade aan een derde al (geruime tijd) geregeld. Na vergelijking met Frankrijk, Engeland en Duitsland is duidelijk geworden dat er best wat verschillen benoemd kunnen worden. Een opmerkelijk verschil is dat een vergoeding op basis van affectieschade aan een derde in het Franse recht enkel vergoed kan worden via een beroep op een onrechtmatige daad ex art. 1240 CC. Duitsland en Engeland kennen alleen een procedure in de zin van art. 6:108 BW, aangezien zij alleen affectieschade vergoeden aan een derde na overlijden van een naaste. In het Nederlandse recht bestaat recht op vergoeding op basis van drie grondslagen, namelijk op basis van art. 6:162 BW (in zeer uitzonderlijke gevallen en dan met name in shockschade zaken) in combinatie met een van de situaties genoemd onder art. 6:106 lid 1 sub a of sub b BW.¹⁸⁵, art. 6:107 BW en art. 6:108 BW. Gerechtigden lijken in het Nederlandse recht hiermee een sterkere rechtspositie te hebben dan aannemen dan in de onderzochte landen. De hoogte van de vergoedingen in het Franse recht variëren tussen de € 9.000 en € 20.000.¹⁸⁶ In Engeland is het maximale schadevergoedingsbedrag € 11.000¹⁸⁷ en in Duitsland zelfs maar € 10.000.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Hartlief e.a. 2018, p. 340.

¹⁸⁵ Zie HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356 ; HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775 en HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213.

¹⁸⁶ Collignon-Smit Sibinga 2006, p. 273.

¹⁸⁷ Zie FAA section 1A lid 4.

¹⁸⁸ Deutscher Bundestag 18. Wahlperiode, Drucksache 18/11397, 7 maart 2017, p. 10.

Het Nederlandse stelsel van de forfaitaire vergoedingen is hiermee mijns inziens best royaal te noemen, aangezien een vergoeding begint bij € 12.500 en op kan lopen tot € 20.000.¹⁸⁹ De kring der gerechtigden in het Nederlandse recht is in vergelijking ook uitgebreid te noemen. Met name de hardheidsclausule zorgt voor een ruime kring van gerechtigden. Een opmerkelijk verschil is dat een kring van gerechtigden in het Franse en Duitse recht niet bestaat. Daar is de nauwe affectieve band die de derde in het individuele geval heeft met de gelaedeerde bepalend.¹⁹⁰ Engeland kent wel een beperkte kring van gerechtigden. De wetgever heeft er mijns inziens goed aan gedaan de hardheidsclausule toe te voegen aan de wettelijke regeling. Een naaste of nabestaande kan immers evenals een gerechtigde die in een vaste categorie kan worden geplaatst pijn en verdriet ervaren bij ernstig en blijvend letsel of overlijden van een naaste.

In het geval van ernstig en blijvend letsel wordt op basis van art. 6:107 BW affectieschade vergoed. Het moet dan gaan om een functieverlies van 70% of meer om voor vergoeding van affectieschade in aanmerking te komen.¹⁹¹ Niet altijd zal meteen na de schadeveroorzakende gebeurtenis duidelijk zijn dat er sprake is van een functieverlies van 70%. Het is goed mogelijk dat een langere tijd nodig is om de mate van functieverlies vast te kunnen stellen en dus vast te stellen of er sprake is van ernstig en blijvend letsel. Dit staat een spoedige afwikkeling van een vordering tot vergoeding van affectieschade in de weg. Het stellen van een minimumpercentage kan in de praktijk ongelukkig uitvallen, aangezien de groep mensen die net buiten dit percentage vallen hiermee geen recht wordt gedaan. Een aanbeveling zou zijn om juist het erkennen van leed door ernstig en blijvend letsel bij een naaste niet puur alleen op basis van een vastgesteld percentage te baseren, maar daarbij alle concrete omstandigheden mee te nemen in deze afweging. Daarnaast is de reden om bij algemene maatregelen van bestuur regels te kunnen stellen, mij onduidelijk. Het is mij wel duidelijk dat dergelijke begrippen als ‘ernstig’ en ‘blijvend’ letsel vaag zijn en dat maatschappelijke ontwikkelingen ertoe kunnen leiden dat er op den duur een andere aanvulling voor deze begrippen gewenst zijn. Die taak is naar mijn mening juist aan de rechter voorbehouden ter invulling van dergelijke begrippen met het oog op maatschappelijke ontwikkelingen. Het gaat naar mijn mening wel erg ver om een opening in het wetsartikel op te nemen, waarin de wetgever als het ware kan ‘ingrijpen’.

¹⁸⁹ Zie bijlage 2.

¹⁹⁰ De Haas & Hartlief 1998, p. 22-23 ; Zie par. 844 III BGB.

¹⁹¹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p.12.

Dit staat haaks op het geval wanneer er sprake zou zijn van shockschade. Wij hebben immers in de bespreking van het Taxibus-arrest kunnen zien dat de rechter daar wel veel vrijheid wordt geboden, als het gaat om shockschade. De mogelijkheid om rechterlijke beslissingen te kunnen corrigeren getuigt van weinig vertrouwen in de rechter. Een aanbeveling is om de rechter vrijheid te gunnen door dergelijke begrippen, zoals ‘ernstig’ en ‘blijvend’ ietsel te kunnen inkleuren. Het voordeel is dat hier precedentwerking ontstaat. Op deze wijze kunnen er in de praktijk duidelijke richtsnoeren ontstaan voor de rechter, waardoor het doel van de regeling wordt bereikt, namelijk erkenning van verdriet door te kijken naar alle concrete omstandigheden van het geval.

Er is weloverwogen door de Nederlandse wetgever een keuze gemaakt om niet-thuiswonende kinderen en ouders en gerechtigden die vallen onder de hardheidsclausule in alle situaties een lager bedrag toe te kennen dan gerechtigden uit andere groepen. Met deze keuze wordt geen rekening gehouden met het doel achter de wet, namelijk erkenning van verdriet en genoegdoening. Een affectieve band is niet altijd vast te stellen door het feit of iemand in een vaste categorie kan worden geplaatst of niet. Een aanbeveling zou zijn om gerechtigden die vallen onder de groep niet-thuiswonende kinderen en ouders en gerechtigden die vallen onder de hardheidsclausule gelijk te trekken met de vergoedingen die de overige gerechtigden kunnen vorderen.

Naar mijn mening is het ontzettend lastig om vast te stellen of er nu sprake is van een acceptabele vergoeding. Terugkomend op het onderzoek van prof. Akkermans c.s. kan wel worden geconcludeerd dat met de keuze voor de hoogte van de vergoedingen de wensen van naasten en nabestaanden worden nagestreefd. Uit het onderzoek werd namelijk geconcludeerd dat een minimumbedrag van € 10.000 voor vergoeding van affectieschade niet als ongepast wordt gezien door een meerderheid.¹⁹² In het Nederlandse recht wordt hiermee tegemoet gekomen aan de wensen van naasten en nabestaanden. De billijkheidscorrectie ex art. 6:101 BW bestaat in alle onderzochte landen. De keuze hiervoor in het Nederlandse recht is mij niet geheel duidelijk. Gezien de doelstelling tot de vergoeding van affectieschade vind ik dit niet passend. Naasten en nabestaanden worden hiermee tekort gedaan, immers het gaat om een

¹⁹² Akkermans e.a. 2008, p. 13.

symbolische vergoeding. Het zou mijns inziens goed zijn om de billijkheidscorrectie ex art. 6:101 BW niet te laten meewegen bij de vergoeding van affectieschade.

Concluderend kan gesteld worden dat naasten en nabestaanden in het Nederlandse recht een prominenter plek hebben verkregen in het schadevergoedingsrecht. Zij krijgen met de wet tot vergoeding van affectieschade de erkenning van het door hun geleden leed, wat immers het uiteindelijke doel is van de symbolische vergoeding van affectieschade. In geval van ernstig en blijvend letsel bij of overlijden van een naaste bestaat de mogelijkheid tot vergoeding van affectieschade ex art. 6:107 en 6:108 BW. Binnen de onderzochte landen is dit lang niet altijd het geval. Daarnaast krijgen derden in het Nederlandse recht de hoogste vergoedingen, bestaat er een hardheidsclausule en kunnen zij cumulatief vergoeding van affectieschade én shockschade vorderen. Wel is in de onderzochte landen aan de rechter meer vrijheid gegund voor de vergoeding van affectieschade. In Nederland lijkt dat vertrouwen in de rechter wat te ontbreken. Er is immers de mogelijkheid opgenomen om bij algemene maatregelen van bestuur regels te kunnen stellen. Of naasten en nabestaanden dit als hiaat in het Nederlandse recht zullen ervaren, is de vraag. Zij zijn immers beter af in het Nederlandse recht door een hoge rechtszekerheid en royale vergoedingen. Alles overwegende is de nieuwe wet voor de vergoeding van affectieschade mijns inziens een wenselijke ontwikkeling. De praktijk zal moeten gaan uitwijzen hoe de wet tot vergoeding van affectieschade gaat ontwikkelen. Hopelijk zal aan de rechter in de praktijk net zoveel vrijheid zijn gegund als in de onderzochte landen.

Literatuurlijst

Akkermans e.a. 2008b

A.J. Akkermans e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel II Affectieschade*, Den Haag: WODC 2008.

Asser/Sieburgh 2017

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte gedeelte*. Deventer: Kluwer 2017.

Bacache-Gibeili 2015

M. Bacache-Gibeili, *Les obligations La responsabilité civile extracontractuelle*, Paris: Economica 2015, sectie II.

Bolt, GS schadevergoeding

A.T. Bolt, 'art. 6:107 BW, aant. 1.6.2.', in: A.T. Bolt (red.), *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (online).

Colliginon-Smit Sibinga 2006

A.F. Colliginon-Smit Sibinga, „Marco Bona e.a., *Personal Injury Compensation in Europe*”, *Verkeersrecht* 2006-9, p. 273.

Van Dam 2006

C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 329-334.

Emaus 2011

P.B. Emaus, 'De ontwikkeling van het confrontatiecriterium in shockschadezaken: een analyse naar aanleiding van het Vilt-arrest', *Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade* 2011, afl. 7, p. 63-71.

Groenhuijsen 2003

M.S. Groenhuijsen, ‘*Juristen en sociologen over opstandige slachtoffers: genoegdoening in theorie en praktijk. Verslag van de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging op 13 juni 2003 te Alkmaar*’, NJB 2003-27, p. 1366-1372.

De Haas & Hartlief 1998

S.P. de Haas, T. Hartlief, *Verkeersaansprakelijkheid. Vergoeding van personenschade in Europees perspectief*. Deventer: Kluwer 1998.

Hartlief e.a. 2018

Hartlief e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2018.

Hebly e.a. 2015

M. Hebly, I. van der Zalm, E. Engelhard, ‘*Wetsvoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade: verbetering van de positie van slachtoffers en naasten*’, *Ars Aequi* 2015, nr. 2, p. 104.

Van Hoppe 2018

L. van Hoppe, ‘*De wet vergoeding affectieschade*’, *VR* 2016, afl. 11, p. 404.

Jansen, GS onrechtmatige daad

K.J.O. Jansen, ‘art. 6:163 BW, aant. 1.1.1.’, in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (online).

Jourdain 1998

P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, Paris: Dalloz 1998.

Kottenhagen 2010

R.J.P. Kottenhagen, ‘*Shockschade en het vereiste van directe confrontatie - enkele rechtsvergelijkende opmerkingen*’, *NTBR* 2010, 41, p. 8.

Lindenbergh 2008b

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld: tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008 (online publiek), p.43.

Lindenbergh 2010

S. D. Lindenbergh, *Het Wetsvoorstel affectieschade: een treurige dood (?)*, NJB 2010, p. 1530-1532.

Lindenbergh 2018

S.D. Lindenbergh, *De wet affectieschade in werking*, VR 2014, afl. 11, p. 409.

Moréteau 2015

O. Moréteau, 'Basic questions of Tort Law from a French Perspective', in: H. Koziol (red.), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Wien: Jan Sramek Verlag KG 2015.

Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2013

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst&Commentaar Burgerlijk Wetboek Boeken 5,6,7 en 8*, Deventer: Kluwer 2013.

Van Orsouw 2004

E.M. van Orsouw, *Wetsvoorstel affectieschade: algemene erkenning of individuele veronachtzaming van het leed van de nabestaande''*, *Aansprakelijkheid, verzekering & schade* 2004-3, p. 108-112.

Parlementaire Geschiedenis Boek 6 BW (Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht)

W.H.M. Reehuis, E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek: Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6: Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Reehuis & Slob 1990

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek invoering boeken 3, 5 en 6*, Deventer: Kluwer 1990.

De Ridder 2016

M.J.J. de Ridder, *'Het wetsvoorstel affectieschade'*, TvGr. 2016, afl. 1.

Rijnhout 2012

R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken*, Den Haag: BJu, 2012.

Sas 2017

A. Sas, *'Déjà vu: affectieschade'*, NJB 2017, afl. 26, p. 1823.

Verheij 2002

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libiri 2002.

Verheij 2005

A.J. Verheij, *'Onevenwichtig schadevergoedingsrecht m.b.t. de positie van derde'*, VR 2005-7/8, p. 205-211.

Verheij 2014

A.J. Verheij, *'Wetsvoorstel zorg- en affectieschade. Een evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid'*, VR 2014, afl. 6, p. 6.

Verheij 2017

A.J. Verheij, *'Wir schaffen das - Hoe Duitsland in korte tijd een wettelijke regeling tot vergoeding van affectieschade tot stand bracht'*, NJB 2017, afl. 6, p. 1816.

Viney & Jourdain

G. Viney & P. Jourdain, *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris: Lextenso editions 2013.

Willmann 2014

C. Willmann, *Faciliter la réparation du préjudice d'anxiété des salariés exposés à l'amiante: une jurisprudence attendue, quoique critiquée*, Recueil Dalloz 2014.

Jurisprudentie

Nederland

HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041

HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358

HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775

HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356

HR 7 mei 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO6012

HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, m. nt. J.B.M. Vranken

HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583

Rb Rotterdam 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8894

Rb Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3223

Rb Overijssel 16 mei 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1712

Frankrijk

Civ. 22 oktober 1946, JCP 1946, II, jur. 3365; D. 1947, p. 59

Civ. 1e 16 januari 1962, D. 1962, jur. p. 199 (obs. Rodière)

Crim. 19 juni 1985, Bull. Crim. 1985, no. 236

Cass. Ass. Plen., 16 juni 1981, JCP 1982, II, 19712

Crim. 9 februari 1989, D. 1989, 614 (comm. Bruneau)

Duitsland

BVerfG NJW 8 maart 2000, p. 2187

OLG Nürnberg 1 augustus 1995

Kamerstukken

Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 1-2.

Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3.

Kamerstukken I 2004/05, 28781, B.

Kamerstukken I 2005/06, 28 781, D.

Kamerstukken II 2014/15, 34257, nr. 3.

Kamerstukken I, 2016/17, 34 257, C.

Sites

https://www.eerstekamer.nl/commissies/herziening_burgerlijk_wetboek

[verzekeraars.nl/publicaties/actueel/verbond-blij-met-nieuwe-wet-affectieschade](https://www.verzekeraars.nl/publicaties/actueel/verbond-blij-met-nieuwe-wet-affectieschade)

Website Law Commission Law Commission, Liability for psychiatric illness , report no. 249 (1998)<https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228959/0525.pdf>

https://www.bundestag.de/resource/blob/503282/468e54d013c51cdc34b4b2909a711096/dav_maier-reimer-data.pdf

<https://www.rp-online.de/>>, geraadpleegd op 20 juni 2019, zoek op: ‘‘Germanwings absturz das doppelte leid der angehorigen’’

<https://www.tagesschau.de/>>, geraadpleegd op 20 juni 2019, zoek op: ‘‘Geld für Hinterbliebene wird verdreifacht’’

Overig

Stb. 2018, 133

Handelingen I 2008/09, 34

Law’s Commission, Consultation Paper no. 148, p. 96.

Deutscher Bundestag 18. Wahlperiode, *Drucksache* 18/11397, 7 maart 2017, p. 13

Deutscher Bundestag 18. Wahlperiode, *Drucksache* 18/11397, 7 maart 2017, p. 10.

Bijlagen

Bijlage 1 Art. 6:107 BW en art. 6:108 BW per 1 januari 2019

Artikel 6:107 BW

1. Indien iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk of geestelijk letsel oploopt, is die ander behalve tot vergoeding van de schade van de gekwetste zelf, ook verplicht tot vergoeding van:

- a. de kosten die een derde anders dan krachtens een verzekering ten behoeve van de gekwetste heeft gemaakt en die deze laatste, zo hij ze zelf zou hebben gemaakt, van die ander had kunnen vorderen; en
- b. een bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag of bedragen voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat geleden door de in lid 2 genoemde naasten van de gekwetste met ernstig en blijvend letsel.

2. De naasten, bedoeld in lid 1, onder b, zijn:

- a. de ten tijde van de gebeurtenis niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerde partner van de gekwetste;
- b. de levensgezel van de gekwetste, die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam met deze een gemeenschappelijke huishouding voert;
- c. degene die ten tijde van de gebeurtenis de ouder van de gekwetste is;
- d. degene die ten tijde van de gebeurtenis het kind van de gekwetste is;
- e. degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de gekwetste heeft;
- f. degene voor wie de gekwetste ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg heeft;
- g. een andere persoon die in een zodanige nauwe persoonlijke relatie tot de gekwetste staat, dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hij voor de toepassing van lid 1 onder b als naaste wordt aangemerkt.

3. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld waarmee nader wordt bepaald wanneer letsel als ernstig en blijvend letsel als bedoeld in lid 1 onder b wordt aangemerkt.

4. Onverminderd artikel 6, tweede lid, van de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen kunnen aanspraken van derden ter zake van als gevolg van het letsel geleden schade niet ten nadele van het recht op schadevergoeding van de gekwetste worden uitgeoefend.

5. Hij die krachtens lid 1 tot schadevergoeding wordt aangesproken kan hetzelfde verweer voeren dat hem jegens de gekwetste ten dienste zou hebben gestaan.

Artikel 6:108 BW

1. Indien iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander jegens hem aansprakelijk is overlijdt, is die ander verplicht tot vergoeding van schade door het derven van levensonderhoud:

a. aan de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot, de geregistreerde partner en de minderjarige kinderen van de overledene, tot ten minste het bedrag van het hun krachtens de wet verschuldigde levensonderhoud;

b. aan andere bloed- of aanverwanten van de overledene, mits deze reeds ten tijde van het overlijden geheel of ten dele in hun levensonderhoud voorzag of daartoe krachtens rechterlijke uitspraak verplicht was;

2. De naasten, bedoeld in lid 1, onder b, zijn:

a. de ten tijde van de gebeurtenis niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerde partner van de gekwetste;

b. de levensgezel van de gekwetste, die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam met deze een gemeenschappelijke huishouding voert;

c. aan degenen die reeds vóór de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, met de overledene in gezinsverband samenwoonden en in wier levensonderhoud hij geheel of voor een groot deel voorzag, voor zover aannemelijk is dat een en ander zonder het overlijden zou zijn voortgezet en zij redelijkerwijze niet voldoende in hun levensonderhoud kunnen voorzien; d. degene die ten tijde van de gebeurtenis het kind van de gekwetste is;

d. aan degene die met de overledene in gezinsverband samenwoonde en in wiens levensonderhoud de overledene bijdroeg door het doen van de gemeenschappelijke huishouding, voor zover hij schade lijdt doordat na het overlijden op andere wijze in de gang van deze huishouding moet worden voorzien.

2. Bovendien is de aansprakelijke verplicht aan degene te wiens laste de kosten van lijkbezorging zijn gekomen, deze kosten te vergoeden, voor zover zij in overeenstemming zijn met de omstandigheden van de overledene.

3. Voorts is de aansprakelijke verplicht tot vergoeding van een bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag of bedragen voor nadeel dat niet in

vermogensschade bestaat, geleden door de in lid 4 genoemde naasten als gevolg van het overlijden.

4. De naasten, bedoeld in lid 3, zijn:

- a. de ten tijde van de gebeurtenis niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerde partner van de overledene;
 - b. de levensgezel van de overledene, die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam met deze een gemeenschappelijke huishouding voert;
 - c. degene die ten tijde van de gebeurtenis ouder van de overledene is;
 - d. degene die ten tijde van de gebeurtenis het kind van de overledene is;
 - e. degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de overledene heeft;
 - f. degene voor wie de overledene ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg heeft;
 - g. een andere persoon die ten tijde van de gebeurtenis in een zodanige nauwe persoonlijke relatie tot de overledene staat, dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hij voor de toepassing van lid 3 als naaste wordt aangemerkt.
5. Hij die krachtens de vorige leden tot schadevergoeding wordt aangesproken, kan hetzelfde verweer voeren, dat hem tegenover de overledene zou hebben ten dienste gestaan.
6. Geen recht op vergoeding van de in lid 3 bedoelde schade bestaat, voor zover de rechthebbende op grond van dezelfde gebeurtenis reeds een vergoeding uit hoofde van artikel 107 lid 1 onder b heeft ontvangen.

Bijlage 2 Forfaitaire vergoedingen voor affectieschade

	ernstig en blijvend letsel	overlijden	ernstig en blijvend letsel door een misdrijf	overlijden door een misdrijf
echtgenoten en geregistreerde partners (a)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
levensgezellen (b)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
minderjarige kinderen en ouders (c en d)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
meerderjarige thuiswonende kinderen en ouders (c)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
pleegkinderen en ouders (e en f)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
meerderjarige niet- thuiswonende kinderen en ouders (c en d)	€ 12.500	€ 15.000	€ 15.000	€ 17.500
zorg in gezinsverband (e en f)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
overige nauwe persoonlijke relaties (g)	€ 12.500	€ 15.000	€ 15.000	€ 17.500

Achter de in de eerste kolom omschreven relaties tussen haakjes aangegeven letters corresponderen met de artikelen 6:107, tweede lid, en 6:108, vierde lid BW omschreven categorieën naasten en nabestaanden.¹⁹³

¹⁹³ Kamerstukken II 2014/15, 34257, nr 3, p.19.

Bijlage 3 Section 1A FAA 1976 (Damages for bereavement)

1. An action under this Act may consist of or include a claim for damages for bereavement.
2. A claim for damages for bereavement shall only be for the benefit
 - a. of the wife or husband of the deceased; and
 - b. where the deceased was a minor who was never married
 - i. of his parents, if he was legitimate; and
 - ii. of his mother, if he was illegitimate.
3. Subject to subsection (5) below, the sum to be awarded as damages under this section shall be £10,000.
4. Where there is a claim for damages under this section for the benefit of both the parents of the deceased, the sum awarded shall be divided equally between them (subject to any deduction falling to be made in respect of costs not recovered from the defendant).
5. The Lord Chancellor may by order made by statutory instrument, subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament, amend this section by varying the sum for the time being specified in subsection (3) above.

Bijlage 4 Overgangsrecht

Blijkens artikel 68a in samenhang gelezen met artikel 69d van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna te noemen: OwbW) zal het recht op vergoeding van affectieschade niet door het enkele in werking treden van het wetsvoorstel ontstaan, als niet alle feiten die de wet daarvoor vereist al voordien waren voltooid (*Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p.6.). De bepalingen voor het overgangsrecht worden weergegeven in art. 68 e.v. Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna te noemen: OwbW). In art. 68a OwbW wordt beschreven dat van het tijdstip van haar in werking treden af is de wet van toepassing. Er moet op dat tijdstip dan voldaan zijn aan de door de wet voor het intreden van een rechtsgevolg gestelde vereisten. Dit houdt in dat de inhoud van de artt. 6:107 jo 6:108 BW per 1 januari 2019 onmiddellijk werkt (Art. 69 onder d OwbW). Kortgezegd dient de schadeveroorzakende gebeurtenis zich op of na 1 januari 2019 te hebben voorgedaan. Er zijn situaties denkbaar waarbij een schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan in 2018, maar elementen waarvoor aansprakelijkheid bestaat zich na 1 januari 2019 voordoen. Een persoon die in 2018 wordt aangereden en in 2019 ten gevolge deze gebeurtenis overlijdt, is een uitzonderlijk, maar niet onoverkoombaar, voorbeeld. Art. 173 lid 2 OwbW bepaalt in dergelijke gevallen dat *“de aansprakelijkheid voor schade die is ontstaan of bekend geworden na het in werking treden van de wet, wordt, ook met betrekking tot haar omvang, naar het tevoren geldende recht beoordeeld, indien die schade voortspuit uit dezelfde gebeurtenis als een eerdere door de benadeelde geleden schade waarop dat recht van toepassing was.”* Ditzelfde geldt voor de aansprakelijkheid voor een geval indien iemand na het tijdstip van het in werking treden van de wet als gevolg van letsel vóór dat tijdstip is ontstaan overlijdt (Asser/Sieburgh 6-II 2017/10, p. 7.).